<366198099400 14

<366198099400 14

Bayer. Staatsbibliothek

J. rom. C.ᵛ 132 m

Scholien

zum Gajus.

Von

Dr. Eduard Gans.

Berlin,
Bei Ferdinand Dümmler.
1821.

LIBLIOTHECA
REGIA
JONACENSIS.

Vorrede.

Als Niebuhr in Verona die Institutionen des Gajus aufgefunden hatte, mußte man nach allem dem, was davon verkündet und verbreitet worden war, nichts Minderes erwarten, als daß eine neue glanzvolle Epoche für das Verständniß des Römischen Rechts herangerückt sey, und daß die Lückenhaftigkeit unserer Kenntniß, so die Willkühr der Compilatoren und das Bedürfniß des Justinianeischen Zeitalters geschaffen, sich so in Licht und Einsicht umwandeln würde, wie man es nie geahnet hatte. Freudenfeuer wurden überall angezündet, um den ungeduldig erwarteten, aber laut und bedeutend angekündigten Gast zu bewillkommen, nicht nur da, wo das Recht der Quiriten in der Ausübung heimisch ist, sondern wo es in lebendig kräftiger Wissenschaft grünte und blühte.

Und diese Hoffnung ist nicht ganz zu Schanden geworden: das ist alles, was man jetzt

sagen kann. Denn es besteht die Ausbeute, die uns geworden ist, zwar in mancher wichtigen früher völlig unbekannten Notiz, in mancher geschlichteten Controverse, in mancher nun zur ewigen Verdammniß verurtheilten Hypothese, in dem Verständniß so mancher früher unerklärlichen Stelle, aber was man so eigentlich eine neue Aera in der Wissenschaft hätte nennen können, und allein nennen können, daß der neue Klassiker eine Leuchtfackel sey für die Dunkelheiten der Pandekten und des Codex, daß durch ihn die Ruinen so vieler durch allerlei Restaurationen zusammengehaltenen Lehren nun sich wieder zu einem ursprünglichen Ganzen gefügt hätten, das hat wohl Gajus trotz alles Vorverkündens keinem Unbefangenen bewirkt. Eine solche wissenschaftliche Krisis hätten die aufgefundenen Bücher Ulpians oder des Paulus ad Edictum hervorgebracht, nicht aber der Klassiker, welcher großentheils in die Institutionen übergegangen, bis zum Obligationenrecht Ulpians Fragmente zum Begleiter hat, und seiner Absicht nach nichts als compendiarisch abgefaßte Grundzüge liefern will. Ist indessen eine gespannte Erwartung, vielleicht weil sie zu sehr gespannt wurde, nicht befriedigt worden, so wird doch jeder Freund der Wissenschaft

dem Herausgeber des Gajus Dank wissen müssen, daß er mit seltnem Fleiße und seltnerer Gründlichkeit in wahrlich kurzer Zeit eine Ausgabe unseres Klassikers gefertigt, die zumal wenn man sie als erste betrachtet, Bearbeitungen ähnlicher Art weit hinter sich läßt; wenn eins zu tadeln wäre, so möchte es wohl das seyn, daß auch durch eine zur Ungebühr verspätete Vorrede die Institutionen des Gajus zu dem übrigen jus civile antejustinianeum zu gehören scheinen.

Daß der Stoff nun den Gajus spendet, mit dem schon bestehenden sobald als möglich assimilirt werde, das ist eine Forderung, die wohl jetzt vor allen anderen an diejenigen gemacht wird, die sich mit dem Civilrecht beschäftigen: ein rüstiges Arbeiten wird vor allen Dingen erfordert, je mehr sich das zu Verarbeitende häuft. Dieser Gedanke bewog den Verfasser der folgenden Abhandlungen, alles das zusammenzustellen was Gajus im Personen-, Sachen- und Obligationenrecht bietet. Den Prozeß, vielleicht gerade den wichtigsten Theil, hat er nicht mit berührt, weil derselbe ganz besonders eine Einheit in der Darstellung fordert, die ihm an diesem Orte nicht werden konnte, und weil der Verfasser, seit längerer

Zeit mit Sammlung der Materialien zu einer Geschichte des gerichtlichen Verfahrens bei den Römern beschäftigt, diesen ganzen Gegenstand einem eigenen Werke vorbehält. Aber auch in dem Erbrecht ist der Verfasser von seinem Plane, bloß das zu erläutern was als Zuwachs aus Gajus betrachtet werden konnte, abgewichen. Die Ausbeute ist hier viel zu winzig, als daß man sie gehörig würdigen könnte, wenn ihr nicht als Theil des Ganzen die Stelle zugewiesen wird die ihr gebührt. Demnächst hat sich der Verfasser entschlossen, eine wenigstens in so weit vollständige Geschichte des Erbrechts zu liefern, als nöthig war um das Neue aus Gajus nicht isolirt stehen zu lassen. Uebrigens betrachtet er seine Arbeit als höchst geringfügig im Gegensatz zu dem, was von den bedeutenden Gelehrten unserer Zeit über diesen Klassiker zu erwarten steht. Wenn er dem künftigen Commentator des Gajus, als welcher zu erscheinen er weder die Kraft noch den Beruf fühlte, eine nicht ganz unnütze Vorarbeit geliefert hat, so genügt ihm das vollkommen, so wie ihn das Selbstbewußtseyn zufrieden stellt, ohne Parthei und Absicht aufrichtig nach Wahrheit gestrebt zu haben.

Denn diese Parthei und diese Absicht eben

ist es, die die wissenschaftlichen Bestrebungen unserer Zeit nicht gar vortheilhaft vor den vorhergegangenen auszeichnet. Was der Wissenschaft fremd ist, und ewig fremd bleiben sollte, Pabstthum und Kirche, das will man ihr von außen herein, als einen tödtlichen Schaden einimpfen, und den freien Gedanken, der keinen Herrn kennen sollte als den freieren, will man in schwarze Mauern enger Zünftigkeit bannen und einzäunen, daß es einen Priesterstand von innen gebe, und einen Laienstand und ein Anstaunen von außen, und während die Gewerbe frei werden, und sich von einem dumpfen Kastenwesen zu befreien suchen, wird man dahin gelangen, die Wissenschaft zum unfreien Gewerbe erhoben zu sehen. Es soll diese aber keine Kirche kennen als die Wahrheit, und keinen Pabst als das Streben nach ihr. Die aber meinen die Wissenschaft nicht, sondern etwas Anderes, die die eine und untheilbare in Verbrüderungen und Schulen zerschneiden, daß sie sich Meister und Gesellen nennen können, und ihre Werke Meisterstücke, und die sich aus der Luft gegriffene Gegner gegenüberstellen, damit sie doch Windmühlen zu bekämpfen haben. Die meinen die Wissenschaft nicht, die auch dem Mann in der Toga die Bischofs-

müße aufſetzen möchten, damit es dem Quiriten nicht an Salbung fehle, und die auch dem Seichteren und Gehaltloſeren gern den Weg öffnen, wenn er nur das Schulzeugniß aufzuweiſen hat. Aber noch nie iſt das Große aus der Schule hervorgegangen, ſondern aus freier Entwickelung, wohl aber das gedankenloſe Echo, und der Staub, und das eingewurzelte Nachbeten.

Dies führt den Schreiber dieſes ſchließlich darauf, den Verfaſſern zweier Berliner Inauguraldiſſertationen für die ehrenvolle ihm gewidmete Theilnahme von ganzem Herzen Dank zu ſagen. Während der eine eine Stelle der früheren Schrift des Vorredners, wie dies S. 393. urkundlich nachgewieſen iſt, zu überſetzen ſo gut war, wahrſcheinlich um ihr ein größeres Publikum zu verſchaffen, hat ein anderer in einer zur Parade angehängten Theſis*) behauptet und vermuthlich auch bewieſen, daß die gute Sitte verletzt wäre, wenn der Verfaſſer jemals ſeines Gleichen würde. Der Verfaſſer erkennt die Wahrheit dieſer Behauptung vollkommen an, und kann zum Troſt hinzufügen, daß die gute Sitte niemals verletzt werden wird. —

Berlin, den 10ten October 1820.

*) Gaup. diss. de pignore nominis. Berol. 1820.

Inhalt.

Seite

Einleitung.

Ueber Recht und Rechtsquellen 1

Erste Scholie.

Ueber Freigelassene und Manumissionen 25

Zweite Scholie.

Ueber väterliche Gewalt 85

Dritte Scholie.

Ueber potestas, manus, mancipium 138

Vierte Scholie.

Ueber Tutel 178

Fünfte Scholie.

Von den Sachen und ihren Erwerbungsarten . . 227

Sechste Scholie.

Das Erbrecht 276

Inhalt.

Seite

Siebente Scholie.

Von den successiones per universitatem außer der Erbschaft 378

Achte Scholie.

Ueber Obligationenrecht 386

Neunte Scholie.

Ueber Verbal-, Litteral- und Consensualcontracte . 404

Zehnte Scholie.

Von dem Aufhören einer obligatio 430

Eilfte Scholie.

Von den Delicten 438

Einleitung.

Ueber Recht und Rechtsquellen.

Gaji Comm. I. §. 1—7. (S. 1—3.)

Alle Römischen Rechtssysteme, so weit sie bis zu uns gekommen sind [1]), ließen mit Ausschluß des Codex, der Abhandlung des Systems selbst, eine Grundeintheilung des Rechts überhaupt vorangehn. Nur der Codex macht hierin eine Ausnahme, indem er den Titel de justitia et jure durch den andern de summa Trinitate et fide catholica ersetzt. Daß nun Gajus Institutionen, die den Justinianeischen als Hauptquelle dienten, von dieser üblichen Anordnung keine Ausnahme machen würden, ließ sich erwarten [2]). Auch ist diese Erwartung keineswegs

1) Pandekten, Institutionen.

2) Diese Erwartung mußte schon vor Erscheinen des Gajus durch l. 9. de just. et jure, welche aus dem ersten Buch der Institutionen des Gajus entlehnt ist, zur Gewißheit werden.

getäuscht worden. Wichtig und hierher gehörig ist aber nun die Frage, ob unsere Kenntniß von der Eintheilung und den Quellen des Römischen Rechts durch Gajus bedeutend bereichert worden sey oder nicht. Leider muß hierauf verneinend geantwortet werden, denn abgesehen von Einzelnem, dem weiter unten gebührende Anerkennung werden wird, ist das meiste, was uns Gajus in dieser Materie mittheilt, schon früher ganz allgemein und umständlicher bekannt gewesen: ja selbst die Gewißheit hat durch das neue Zeugniß nichts gewonnen, indem die früheren Quellen wenigstens als eben so unverdächtig zu betrachten waren. Worin nämlich der Unterschied zwischen jus gentium und jus civile bestehe [3], welches die Quellen des jus civile seyen [4], daß populus die Patricier mit in sich begreife, nicht aber plebs [5], daß endlich die plebisscita erst seit der lex Hortensia Gesetzeskraft für alle Römer erhalten hätten [6], dafür gab es schon vor Erscheinen des Gajus eine Masse von Belegen.

3) l. 9. D. de just. et jure (1. 1). l. 1. D. de acquir. rerum dom (41. 1.) (aus Gajus res cottidianae). l. 6. D. de just. et jure (1. 1.) §. 1. J. de J. N. G. et C. (1. 2.)

4) §. 3. J. l. c. l. 7. D. de just. et jure. (1. 1.) Cicero Topica cap. 5. Theophilus ad l. c. J. Titulus D. de orig. juris. (1. 2.)

5) §. 4. J. l. c. l. 237. D. de V. S. (50. 16.) l. 2. §. 9. D. de O. J. (1. 2.) Gellius lib 10, cap. 20.

6) Gellius l. 10. cap. 20. l. 15. cap. 27, §. 3. J. l. c. Theoph. I. 2. §. 5. l. 2. §. 8. D. de O. J. (1. 2.)

I. Wichtiger scheinen dagegen wenige bloß flüchtig hingeworfene Worte des Gajus zur Entscheidung einer Streitfrage werden zu wollen, die in neueren Zeiten manche unserer Juristen beschäftigt hat. Während man nämlich früherhin fast allgemein der Meinung war, als hätten die Senatusconsulte erst zur Zeit des Tiberius eine gesetzliche Kraft erhalten, und zwar statt der jetzt nicht mehr vorkommenden leges, hat zuerst Bach [7]) und nach ihm weit gründlicher Hugo [8]) das Gegentheil darzuthun gesucht; daß die Senatusconsulte nämlich schon zur Zeit der freien Republik eine Quelle des Römischen Rechts gewesen seyen. Die Anhänger der älteren Meinung berufen sich auf das Zeugniß des Dionysius von Halicarnaß [9]) und des Polybius [1]), daß der Senat zwar Beschlüsse hätte fassen können, daß diese aber um Gesetzeskraft zu erhalten in den Comitien hätten genehmigt werden müssen, ferner aber auf Tacitus [2]) und Dio Cassius [3]),

7) Bach histor. jur. (ed. sexta) p. 203. et sq.

8) Hugo Rechtsgeschichte, 7. Auflage. S. 293 und folgende.

9) Dionysius (ed Sylb. Francof. 1586) lib. 7. p. 448. Καὶ προβουλεύματος ἐνταῦθα ἔτι δεῖ. — περὶ ὧν γὰρ οὐκ εἰσὶ νόμοι περὶ τούτων ὑμεῖς τοῦ προβουλεύεσθαι κύριοι καὶ ὁ δῆμος ἐπιψηφίσαι etc. l. 11. p. 735. lib. 9. p. 595.

1) Polybius (ed Casauboni Francof. 1609) lib. 6. p. 462.

2) Taciti Ann. I. 15. tum primum e campo comitia ad patres translata sunt.

3) Dio Cassius (ed Leunclav. Hanau 1606) lib. 52. p. 485. Ἔπειτα δὲ ἅπαντα τὰ νομοθετούμενα δι' αὐτῶν ποιῇ etc.

daß erst in der Kaiserzeit, unter Tiberius, oder vielleicht schon der Idee nach unter Augustus die Senatusconsulte ohne weitere Erfordernisse die Stelle der Gesetze vertreten hätten. Hugo dagegen will an dem angeführten Orte die Beweisstelle aus Tacitus nicht gelten lassen, weil sie falsch verstanden sey, und sich lediglich auf die Wahlen beziehe: eben so soll Polybius keine überwiegende Auctorität haben können: Dionysius und Dio endlich werden aber nicht zu demjenigen gerechnet, was „die entgegengesetzte Meinung für sich habe." Als positive Bestätigung seiner Ansicht führt Hugo Cicero [4], Theophilus [5], Pomponius [6], Horaz [7], die tabula heracleensis an, ferner, daß Senatusconsulte über Gegenstände des Privatrechts auch vor Tiberius erlassen worden seyen, namentlich das S. C. Silanianum, und daß endlich schon das ganze Wesen des Senats von selbst einen allgemeinen Grund für diese Meinung abgebe.

Mir scheint die Frage, die hier von zwei verschiedenen Partheien verschiedentlich beantwortet wird nicht richtig gestellt zu seyn, und von diesem Gesichtspunkte aus, halte ich die alles erschöpfen sollenden Gründe Hugos für keinesweges bedeutend.

4) Topica cap. 5. ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum etc. consistat.

5) ad J. I. 2. §. 5.

6) l. 2. §. 9. de orig. jur.

7) Ep. 1. 16. v. 41.

Es ist nämlich höchst verschieden, ob man die Frage aufwirft: haben die Senatusconsulte vor der Kaiserzeit Gesetzesstelle vertreten? oder: sind sie bloß eine Quelle des Römischen Rechts überhaupt gewesen? Wie bedeutend dieser Unterschied sey, beweist auch abgesehen vom Gewohnheitsrecht das prätorische Edict. Niemals hat das Edict des Prätors, so wichtig es auch als Quelle des Römischen Rechts dasteht, legis vices gehabt. Parallel neben dem fortwährend bestehenden Civilrecht hergehend, griff es factisch in dessen Satzungen ein, ohne jemals bei noch so abweichenden Entscheidungen demselben zu derogiren, was aber ohnfehlbar geschehen seyn würde, wenn es Gesetzeskraft gehabt hätte. Deswegen legt auch Gajus keinesweges dem Edict des Prätors legis vicem bey, während er es bei allen anderen von ihm aufgezählten Rechtsquellen thut [8]). Dies nun auf die Senatusconsulte angewandt, kann es wohl keinem einfallen zu bestreiten, daß sie schon in den Zeiten der Republik Quelle des Römischen Rechts gewesen, denn dazu bedarf es ja überhaupt nur des Beweises, daß Senatusconsulte aus diesen Zeiten vorhanden sind. Wie solche gegolten, ob sie, wie Dionysius versichert, um civilrechtliche Kraft zu erhalten, in den Comitien bestätigt werden mußten,

8) Gajus Com. I. §. 6. Jus autem edicendi habent Magistratus populi Romani, sed amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum urbani et peregrini. quorum in provinciis jurisdictionem Praesides earum habent etc.

und ob sie ohne diese Zustimmung nur die Kraft der consuetudo, und der responsa prudentium gehabt, kann, wo es sich von der Beantwortung der Frage, ob sie Quelle des Römischen Rechts gewesen handelt, vollkommen gleichgültig seyn. Durchaus verschieden ist aber nun die Frage, die jetzt aufzuwerfen ist: haben die Senatusconsulte, unbestritten eine Quelle des Rechts, auch legis vicem gehabt, wie etwa die *plebiscita*, die Constitutionen der Kaiser? Dies ist nun jetzt zu untersuchen, und rücksichtlich dieses Punktes habe ich Hugos Beweis, der überhaupt diese letztere schärfere Frage, worauf es hier doch allein ankommt, gar nicht berührt, nicht bedeutend nennen müssen. Daß Cicero nämlich die Senatusconsulte, in den angeführten Stellen, zu den Quellen des Rechts zählt, beweist wohl keinesweges, daß sie zu seiner Zeit irgend legis vicem gehabt haben, denn auch consuetudo, und das Edict werden an derselben Stelle dazu gerechnet, ohne daß ihnen doch jemals Gesetzesstelle beigelegt gewesen wäre; eben so die responsa prudentium, die erst unter Augustus von Wichtigkeit werden [9]), und die, wie uns Gajus erzählt, erst unter Hadrian legis vicem, bei nun bestimmten Erfordernissen erhalten.

9) l. 2. §. 47. de Or. J. haberetur constituit ut ex auctoritate ejus responderent. (1. 2.) Primus divus Augustus, ut major juris autoritas

Gaji Comm. I. §. 7.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere; quorum omnium, si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt *legis vicem* optinet: si vero dissentiunt judici licet, quam velit sententiam sequi: *idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Eben so wenig wie Cicero, und aus demselben Grunde, kann aber Horaz, und alle anderen von Hugo aufgeführten Beweise irgend etwas darthun, weder deswegen, weil sie die Senatusconsulte als Rechtsquelle anführen, was niemand im Grunde läugnen wird, noch weil in einigen Pandektenstellen die Senatusconsulte, der Ordnung nach, dem Edict und den Constitutionen vorangehen, was durch ihre frühere Entstehung gerechtfertigt ist, ohne daß etwas daraus für ihre Gesetzeskraft folgt. Die Stelle des Theophilus bliebe demnächst die einzige, die einen Scheinbeweis darböte, denn dieser spricht bei Gelegenheit der lex Hortensia wirklich von einer Art von Tauschkontract zwischen Patriciern und Plebejern, wonach jene die plebisscita, diese die Senatusconsulte als für alle verbindlich angenommen hätten. Wie viel aber ein solches historisches Zeugniß des Theophilus werth sey, wo alle andern Quellen der Römischen Geschichte, durchaus nichts davon sagen, braucht wohl nicht erst auseinander gesetzt zu werden.

Mir scheint vielmehr der Satz durchaus wahr, und in allen Punkten erweisbar, daß Senatusconsulte, obwohl schon in den ältesten Zeiten der Republik eine Quelle des Rechts, dennoch erst in der Kaiserzeit, wie auch andere Rechtsquellen, namentlich die auctoritas prudentium, legis vicem erlangt haben, und zwar nicht etwa durch eine bestimmte lex, oder ein edictum principis, sondern, weil man sie nach völlig aufgehobenen Comitien, so anzusehen sich gewöhnte. Daß Senatusconsulte in den Zeiten der Republik aber nur gleichsam durch Gewohnheit als eine Rechtsquelle angesehen wurden, beweist wohl, außer den oben angeführten Stellen des Dionysius und des Polybius, schon der Umstand, daß plebisscita zwar, durch eine förmliche lex Gesetzeskraft erhielten, nirgends dies aber von den Senatusconsulten ausgesagt wird. Auch erwähnt ihrer Pomponius, in solchen Worten, die durchaus darthun, nur durch eine allmählige Observanz hätten die Senatusconsulte zu gelten angefangen. Während er nämlich von den Plebisscіten sagt: et ita factum est, ut inter plebiscita et legem species constituendi interessent *potestas autem eadem esset* [1]), sagt er von den Senatusconsulten: Deinde, quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, *necessitas ipsa* curam reipublicae ad Senatum deduxit. Ita coepit Senatus se interponere,

1) l. 2. §. 8. d. O. J. (1. 2.)

et quidquid constituisset, observabatur, idque jus appellabatur Senatusconsultum [2]).

Nicht minder sprechen für diesen Satz die auf uns gekommenen Worte des S. C. Vellejani die auch Hugo anführt. „*Arbitrari* Senatum *recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit*, si dederint operam ut in ea re voluntas senatus servetur." Ist zwar dieser Senatsschluß aus einer Zeit, wo nach unserer bald auszuführenden Ansicht die Senatusconsulta schon legis vicem zu haben anfingen, so wird dennoch wohl die Wahl des nicht geänderten Ausdrucks für das Wesen derselben in einer früheren Zeit einen entscheidenden Beweis abgeben können. Wie kann wohl ein nicht durch Gesetzeskraft, aber durch ein stillschweigendes Ansehn eingeführter Rechtssatz, mit Berücksichtigung seiner Quelle besser eingeleitet werden, als durch die Worte: „der Senat glaube, die darüber „Recht zu sprechen haben, würden gut thun, wenn „sie sich bemühten, daß der Wille des Senats ge„schehe [3])."

Scheint es demnächst gewiß zu seyn, daß die Senatusconsulte zur Zeit der freien Republik zwar Quelle des Rechts waren, jedoch nur in den Comitien bestätigt, Gesetzeskraft erhielten, sonst aber überhaupt, wie Gewohnheitsrecht, gleich dem präto-

2) l. 2. §. 9. eodem.

3) In andern Senatusconsulten ist meistens „placere" gebraucht, woraus indessen nichts für eine entgegengesetzte Meinung folgt.

rischen Edict oder als Auctorität gleich den responsis prudentium, gegolten haben, so bleibt nun noch der Beweis zu führen übrig, daß sich dieses in der Kaiserzeit veränderte, und daß ihnen von dieser Periode an, legis vices beigelegt wurden.

Hier tritt nun entscheidend, wie ich schon gesagt habe, eine Stelle des Gajus ein, die diese ganze Streitfrage mit einemmale aufzuheben verspricht. Sie lautet also:

Comm. 1. §. 4.

Senatusconsultum est, quod senatus jubet, atque constituit: idque legis vicem optinet: *quamvis fuit quaesitum.*

Gajus ertheilt hier zwar den Senatusconsulten in seiner Zeit die Gesetzesstelle (legis vicem) setzt aber hinzu, daß es bestritten gewesen sey. Nun geht das fuit quaesitum, eben so wie quaeritur nur immer auf den Streit der Römischen Juristen, niemals etwa auf den Streit der bürgerlichen Partheien. Wenn aber bei Gajus von einem Streit der Römischen Juristen die Rede ist, so bezieht sich dieser größtentheils auf die verschiedenen Ansichten der beiden Schulen, der Sabinianer und Proculejaner. Während es nun unter diesen, wie Gajus sagt, niemals bestritten war, ob die Constitution des Kaisers legis vicem erhalten solle, da ja der Kaiser selbst durch eine lex, die Macht eine Constitution zu ertheilen erhalten hat, (Constitutio Princi-

pis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistula constitnit nec *unquam dubitatum est* quin id *legis vicem* optineat, cum *ipse* imperator per *legem* [4]) imperium accipiat [5]), ſoll dennoch der Satz, ob *Senatusconsulta*, legis vicem vertreten, bezweifelt geweſen ſeyn. Dies beweiſt aber wohl mehr als hinreichend, daß niemals durch ein förmliches Geſetz, Senatusconſulte zur Geſetzeskraft erhoben worden, daß ſie vielmehr in der Zeit der freien Republik, nur durch Gewohnheit oder wegen des Anſehns, das der Senat hatte, eine Quelle des Rechts waren, daß aber endlich in den Anfängen der Kaiſerzeit wo Comitien und *leges* ſeltener wurden, oder gar aufhörten, Senatusconſulte, jetzt meiſtens durch Kaiſerliche Motionen (orationes principum) veranlaßt, oder durch ein Kaiſerliches Edict beſtätigt, nach und nach ſelbſt ſo angeſehen wurden, als hätten ſie in ſich legis vicem, die ſie im eigentlichſten Sinne erſt durch eine Kaiſerliche Genehmigung erlangt hätten. Wie ſie in der freien Republik durch Gewohnheit eine Rechtsquelle wur-

4) Auch über die bekannte Streitfrage, ob eine lex regia exiſtirt habe oder nicht, ſcheint dieſe Stelle einiges Licht zu verbreiten. Daß Gajus nicht ausdrücklich von einer lex regia ſpricht iſt ein Argument für die Verwerfung der Annahme derſelben. Er will wahrſcheinlich bloß im Allgemeinen ſagen: „eine Conſtitution habe legis vicem, weil der Kaiſer gleichſam durch ein großes (ſtillſchweigendes) Geſetz, die Regierungsgewalt erhalten.“

5) Comm. I. §. 5.

den, so sah man sie später ebenfalls aus Gewohnheit so an, als hätten sie Gesetzesstelle erhalten. Aber selbst in der Kaiserzeit sah man sie nicht allgemein so an, wie denn wohl jede Gewohnheit ihre Widersacher und Bestreiter findet. Auch diese Rechtsfrage war Gegenstand des Streites der beiden Schulen, der zu den Zeiten des Gajus aber ganz entschieden war, und zwar, zu Gunsten derer, die eine legis vicem der Senatusconsulte angenommen hatten. Daß der Streit damals beendigt war, beweist der Ausdruck des Gajus, quamvis *fuit* quaesitum, da er sonst unfehlbar gesagt haben würde, quamvis est quaesitum.

Eine unmittelbare Bestätigung dieser Ansicht bietet uns aber noch außerdem eine Stelle Ulpians dar, die schon in den Pandekten sich findend, auch zugleich eine frühere, wenn auch nicht offen vorliegende Kenntniß, daß eine Streitfrage über Senatusconsulte geherrscht habe, möglich machte, aber nicht bewirkt hat.

l. 9. de legibus. (1. 3.)

(Ulpianus libro. 16. ad Edictum.)

Non ambigitur, senatum jus facere posse.

Dieses Fragment, das ganz aus seinem Zusammenhange gerissen ist, bietet im Grunde weiter nichts dar, als eine vollkommene Parallelstelle zu dem quamvis fuit quaesitum des Gajus. Wäre nicht eine Streitfrage über die Gesetzesstelle der Sena-

tusconsulte vorangegangen, so könnte Ulpian unmöglich sich so ausdrücken: „es sey nicht zu bezweifeln, daß der Senat Gesetze geben könne."

Diese Aeußerung setzt vielmehr einen früher bestehenden, jetzt aber aufgehobenen Streit über diesen Punkt so sehr voraus, daß eine entgegengesetzte Annahme, die Stelle äußerst linkisch erscheinen lassen würde. So finden sich also auch schon in den früher bekannten Rechtsquellen Belege für das eben Aufgestellte.

Daß man sich aber in der Kaiserzeit daran gewöhnte, Senatusconsulten legis vicem beizulegeu, kam vorzüglich daher, daß der Senat nun alles dasjenige vereinigt übernahm, was sonst den Comitien überlassen worden war. Man dachte sich den Senat völlig an die Stelle der Comitien getreten, und der oben angeführte Tacitische Satz, „Tum *primum* „comitia e campo ad patres translata," ist wohl nicht nach Hugos Meinung bloß auf das Wahlgeschäft in den Comitien zu beschränken. Tacitus gehört gerade nicht zu denen, die generell sprechen, wenn sie etwas spezielles meinen, und daß nachher von Candidaten die Rede ist, mag wohl ein sehr geringer Beweis seyn [6]). Bemerkenswerth ist es je-

6) Hierher gehört §. 5. J. d. jure G. naturali et civili (1. 2.) „nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum ut difficile esset, in unum eum convocari legis sanciendae causa aequum visum est, Senatum vice populi consuli." Eine vollkommene Parallelstelle zu Tacitus Ann. I.

doch, und eben so eine Bestätigung unserer Ansicht, daß Pomponius, ein älterer Zeitgenosse des Gajus selbst, für die Kaiserzeiten noch der Meinung ist, daß ein Senatusconsult nicht legis vicem habe.

l. 2. §. 12. 1. d. O. J. (1. 2.)

Aut Senatusconsultum quod solum Senatu constituente inducitur *sine lege* aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit *pro lege* servetur.

II. Was das jus honorarium, und insbesondere das ädilitische Edict betrifft, so erhalten wir durch Gajus die schätzbare Notiz, daß das Edict der Aedilen in den Provinzen des Kaisers nicht gegolten habe, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil in den Provinzen des Volks Quästoren die Jurisdiction der Aedilen hatten, nach den Kaiserlichen Provinzen solche Quästoren aber nicht hingeschickt wurden [7]). Diese letztere Thatsache war allerdings schon vor Erscheinen des Gajus bekannt, obgleich die hierher gehörige Parallelstelle mit Unrecht bei dem Herausgeber vermißt wird.

15., ist aber Tac. Ann. 4. 6. wo es heißt: „Jam *primum* „publica negotia et *privato-* „*rum maxima*, apud patres „tractabantur."

7) Comm. I. §. 6. in f. item in edicto Aedilium curulium, quorum jurisdictionem *in provinciis populi Quaestores* habent, nam in provincias Caesaris omnino Quaestores non mittuntur et ob id *hoc edictum, in his provinciis non proponitur.*

l. 1. §. 2. de Off. Quaestoris (l. 13.

Ulpianus libro sing. de Off. Quaestoris.

Ex Quaestoribus quidam solebant provincias sortiri ex senatusconsulto, quod factum est Decimo Druso et Porcina Consulibus. Sane non *omnes Quaestores provincias sortiebantur:* verum excepti erant *candidati principis* [8]) hi enim solis libris principalibus in Senatu legendis vacant [9]).

Mit dem Objecte, das diesen Unterschied erzeugte, mußte auch der ganze Unterschied selbst wegfallen. So kann also im Justinianeischen Recht von einer localen Nichtanwendbarkeit des ädilitischen Edicts nicht mehr die Rede seyn [1]).

8) Mager. Diss. de candid. Principum Lips. 1733 in 4.

9) Es spricht diese Stelle freilich nur von den Quästoren, die nicht nach den Provinzen geschickt wurden, und nicht von den Provinzen, wohin man keine Quästoren schickte: da jedoch die Kaiserlichen Provinzen lediglich von Beamten des Kaisers verwaltet wurden, so bietet l. 1. §. 2. l. den Grund zu der Stelle des Gajus dar, daß nämlich deswegen keine Quästoren nach den K. Provinzen abgesandt worden, weil sie eine andre Beschäftigung hatten.

1) *Heineccii* filii ad Edictum aedilitium florum Sparsio Halae 1738 p. 59. et seq. *Ev. Otto* de aedil. colo. et municip. Frfurti 1713. Cap. XII. p. 346. Die Magistrate der Municipien und Colonien, die auch Aedilen genannt wurden, und nichts als die städtischen Polizeibeamten waren, sind mit den edicirenden Römischen Aedilen und ihren Stellvertretern in den Provinzen nicht zu verwechseln.

Theophilus Paraphr. ad §. 7. Inst. de J. N. G. et civ.

τὰ δὲ τούτων ἴδικτα ἐκράτει καὶ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις.

Es könnte aber noch gefragt werden: bietet die Stelle, wo Gajus über das Edict spricht, irgend einen Beleg für die Ansicht dar, die Hugo standhaft und gründlich, gegen die Meinung der älteren Juristen vertheidigt hat, welche durchaus annahmen, daß das Edictum perpetuum unter Hadrian, eine Art von Gesetzbuch gewesen sey, das sich ungefähr zu den vorhergegangenen prätorischen Edicten so verhalten habe, wie die Pandekten zu den Schriften der Juristen? Die Antwort auf diese Frage muß seyn: aus Gajus läßt sich weder für noch gegen die Ansicht von Hugo, die übrigens schon hinreichend in sich begründet ist, irgend etwas anführen, wenn nicht das Negative, daß auch er von einem solchen Hadrianischen Codex nichts sagt, denn daß er von den Edicten spricht, als würden sie fortwährend zu seiner Zeit gegeben („jus autem edicendi *habent* magistratus populi Romani;" „Quaestores non *mittuntur*,") „ob id edictum in his provinciis non *proponitur*,") ist durchaus von keiner Bedeutung, da er eben so sich über leges und plebisscita ausdrückt, die doch gewiß zu seinen Zeiten nicht mehr vorkamen [2]).

So viel scheint gar nicht mehr bestritten werden

2) Comm. I. §. 3. „Lex est, quod populus *jubet* etc. plebiscitum est, quod plebs *jubet*.

den zu können, daß das Edictum perpetuum Julians kein Hadrianisches Gesetzbuch gewesen ist: auch hat dies nur gegen alle Kritik, und gegen jede gesundere Ansicht behauptet werden dürfen. Eben so gewiß ist es, daß nach Hadrian noch immerfort von Römischen Magistraten edicirt worden ist: daß aber das edictum, das Julian zusammen trug und ordnete, einzig und allein gemeint ist, wenn in den Pandekten und im Codex vom edictum perpetuum geredet wird, möchte nicht minder wahrscheinlich seyn; wie denn auch bewiesen werden kann, daß das unter Hadrian verfaßte edictum perpetuum, welches eine vom Kaiser genehmigte Privatarbeit gewesen seyn mag, im Gegensatz der darum nicht aufgehobenen fortlaufenden Edicte als etwas typisches betrachtet wurde. Der Grund den Hugo für die Fortdauer der Edicte angiebt [3]), daß die Stelle des Edicts de albo corrupto, welche die Juristen anführen und erläutern, voraussetze, die Obrigkeiten hätten noch immer Zusätze machen dürfen, indem es keinem eingefallen seyn möchte, in „einer alten längst allgemein bekannten Urkunde" etwas zu verfälschen, ist wenig erheblich. Die Juristen, indem sie das Edict erläuterten, werden dasjenige, was zu ihren Zeiten vielleicht antiquirt war, nicht übergangen haben; eben so wenig braucht aber in der Abfassung und Sammlung des Edicts, eine Stelle ausgelassen

3) Rechtsgeschichte. 7te Auflage S. 568.

worden zu seyn, die weil sie sich nur auf die Thatsache der fortzusetzenden Edicte bezog, erst nach der Abfassung des Edictum perpetuum ihre praktische Gültigkeit verlor. Ungern vermißt man dagegen bei Hugo den positiven Beweis für die Fortdauer der Edicte nach dem edictum perpetuum, den eine Pandektenstelle nicht undeutlich darbietet, indem sie zugleich, wie schon oben angekündigt worden, dafür spricht, daß das Edictum perpetuum, als etwas stehendes, den fortlaufenden Edicten der Magistrate gegenüber, angesehen wurde.

l. 52. §. 6. D. de O. et A. (44. 7.)
(*Modestinus* lib. 2. Regularum.)

Jure honorario obligamur ex his, quae *Edicto perpetuo, vel Magistratu* fieri praecipiuntur, vel fieri prohibentur.

Das jus honorarium soll nach dieser Stelle von zwei Quellen ausgehen, aus dem Edictum perpetuum, und von den Magistratspersonen. Da nun aber das Edictum perpetuum selbst nichts ist, als das Edict der Magistrate, so würde der Gegensatz, worin diese beiden angeblichen Quellen stehen, vollkommen unbegreiflich seyn, wenn nicht angenommen wird, unter dem Edict der Magistratspersonen seyen die fortlaufenden, noch zu Modestins Zeit nicht aufhörenden Edicte zu verstehen, im Gegensatz der schon gesammelten und geordneten älteren (des Edicti perpetui), die in sich ein festes Ganzes bilden. So

ist diese Stelle also nicht allein Beweis für das Fortgehen der Edicte nach Julian, sondern auch für das Verhältniß des Edicti perpetui, zu den übrigen.

III. Die responsa prudentum waren schon zur Zeit der freien Republik eine bedeutende Rechtsquelle. In der Stelle, wo Cicero von den Quellen des Rechts spricht, erwähnt er auch ihrer [4]). Eben so führt Pomponius das Daseyn der das Recht bildenden Rechtsverständigen bis in die frühesten Zeiten der Republik hinauf [5]). Augustus gab jedoch zuerst diesem ganzen Institute in so fern eine innere Festigkeit, als er nun Vielen erlaubte in seinem Namen zu sprechen [6]). Die Stelle des Pomponius, worin uns dies mitgetheilt wird, ist darin bis jetzt von vielen mißverstanden worden, daß man glaubte, die Freiheit zu respondiren überhaupt sey von Augustus beschränkt, diese Beschränkung aber von Hadrian wieder aufgehoben worden. Augustus erhob vielmehr nur die niemals beschränkte Freiheit zu respondiren in gewissen Fällen zur gesetzlichen Kraft. Was aber Hadrian rücksichtlich der responsa prudentium gethan zu haben scheint, besteht nach der oben angeführten Stelle des Gajus lediglich darin, daß er die Verordnung des Kaisers Augustus wei-

4) Topica. cap. 5. Im auctor. ad Herrennium: 2. 13 sind sie nicht mit unter die Rechtsquellen aufgenommen. Aber S. de officiis lib. 2. cap. 19.

5) l. 2. §. 36. et sqq. de O. J. (1. 2.)

6) l. 2. §. ult. c.

ter fortführend bestimmte, im Fall eines Dissenses der Juristen, sollte der Richter die Meinung befolgen können, die er für die beste halte [7]), und nur wenn alle übereinstimmten, sollte eine solche Meinung der Rechtsgelehrten legis vicem haben. Nun ist aber auch durch Gajus erklärt, welche constitutiones die Institutionen meinen, wo sie von den Responsis prudentium sprechen [8]). Die erste, von der die Rede ist, ist ohne Zweifel die Augustische: (*nam antiquitus constitutum erat*, ut essent, qui jura publice interpretarentur; quibus a Caesare jus respondendi datum est.) Die zweite aber ist dieselbe Hadrianische von der auch im Gajus erzählt wird. (Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.) Früher hatten Viele mit Hugo [9]) das „ut est constitutum" der Institutionen lediglich auf die Quelle der Institutionen Nachricht ansieht. In der 7ten Aufl. S. 579. wird aber die frühere Ansicht in so fern ganz zurückgenommen, als jetzt nur noch die Möglichkeit vertheidigt wird, daß man sie früher haben konnte. Das frühere, nam antiquitus *constitutum* erat. wird auch noch in dieser Ausgabe, auf die Belehrungen der Pontifen zurückgeführt.

7) Eine von den verschiedenen Meinungen mußte er jedoch immer befolgen: er hatte nur die optio. Comm. I. §. 7.

8) §. 8. J. d. J. N. G. et C. (1. 2.)

9) Selbst in der 6ten Auflage seiner Rechtsgeschichte, wird noch S. 522. dasselbe behauptet, obgleich er S. 523. die neue Notiz in Gajus, als

das Gesetz Valentinians des 3ten bezogen. Daß diese schon vor Erscheinen des Gajus sehr unwahrscheinliche Meinung, nun durch denselben vollkommen verschwinden muß, ist von nicht geringer Bedeutung. Das Gesetz Valentinians des 3ten schließt übrigens die Geschichte der responsa prudentium in so fern ganz ab, als nun von den älteren Rechtsgelehrten (denn von den responsis damals lebender konnte nicht mehr die Rede seyn) nur fünf noch Gesetzeskraft haben sollen, so wie auch diejenigen, deren Meinung diese fünf annahmen (quos illi celebrarunt). Im Uebrigen sind die Grundsätze der Hadrianischen Constitution auch in diesem Gesetze bestätigt (ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat eligat moderatio judicis), nur mit dem Unterschiede, daß Papinian bei gleichen Stimmen den Ausschlag geben soll [1]).

1) l. un Cod. Theod. de respons. prudentum Papiniani, Pauli, Caji, Ulpiani, atque Modestini scripta, universa firmamus, ita ut Cajum atque Paulum Ulpianum et ceteros, comitetur auctoritas lectionis, quae ex omni opere recitatur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque scientias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani, atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt. Si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae, sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit,

IV. Die Eintheilung des Civilrechts, welche in den Institutionen vorkommt, in jus, quod scripto venit aut sine scripto, finden wir in Gajus nicht. Es läßt sich aber nicht daraus schließen, daß diese Eintheilung zur Zeit des Gajus noch nicht üblich gewesen sey, weil Gajus überhaupt von consuetudo gar nicht spricht, wobei sie allein hätte angebracht werden können. Wenn auch Cicero gleichfalls die Eintheilung in jus scriptum und non scriptum nicht hat, überall, wo er von den Quellen des Rechts handelt [2]), so läßt sich doch darthun, daß sie weit älter als Gajus ist. Schon Julian setzt die mos und consuetudo den *scriptis* legibus gegenüber.

ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari, ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat eligat moderatio judicantis etc. Justinian hat in dem Pandektenpatent in der const. deo auctore, den Vorzug, den die fünf Rechtsgelehrten genießen sollen, in so fern wieder aufgehoben, als nun aus allen excerpirt werden soll, quibus, auctoritatem conscribendarum, interpretandarumque legum sacratissimi Principes praebuerunt. S. darüber Dirksen cir. Abhandl. 1. Band. Berlin 1820. S. 198 — 201.

2) *Topica, cap.* 5. „ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatusconsultis rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, *more, aequitate* consistit."

Auctor ad Herennium lib. 2. cap. 13. „Constat igitur ex his partibus, natura, lege *consuetudine*, judicato, aequo et bono pacto."

l. 32. D. de legibus. (1. 3.) Julianus lib. 94. Digestorum.

De quibus causis *scriptis legibus* non utimur id custodiri oportet quod *moribus* et *consuetudine* introductum est.

Pomponius nennt die interpretatio prudentium, das jus civile sine scripto

l. 2. §. 12. de O. J. (1. 2.) (Pomponius.) aut est proprium jus civile, quod *sine scripto* in sola prudentium interpretatione consistit.

Endlich ist der Umstand, daß diese Eintheilung lediglich von den Griechen hergenommen ist, auch ein Beweis für ihr Alter im Römischen Recht. Daß sie von den Griechen herkommen, geht ganz deutlich aus den Institutionen und aus Ulpian hervor. Die ersteren berufen sich, so wie Theophilus, auf Athen und Sparta, und leiten die Eintheilung von den in diesen Städten üblichen Rechtsquellen her [3]). Ulpian sagt, daß sie von den Griechen komme, in einer Stelle, die sich ebenfalls in den Institutionen wieder findet [4]).

3) §. 10. J. de J. N. C. et G. (1. 2.) „nam *origo ejus* ab institutis duarum civitatum, Athenarum sc. et Lacedaemoniorum fluxisse videtur. Eben so Theoph. ad hunc locum.

4) §. 3. J. l. c.

l. 6. D. de Inst. et jure (1. 1.)
(Ulpianus libro 1. Iustitutionum.)

Hoc igitur jus nostrum, constat, aut ex *scripto* aut *sine scripto ut apud Graecos*: Τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι id est, legum aliae quidem scriptae, aliae vero non scriptae.

Von der Bedeutung, in welcher viele Juristen das jus scriptum und non scriptum genommen haben, als wäre unter dem ersten das vom Regenten promulgirte Recht im Gegensatz des nichtpromulgirten zu verstehen, kann freilich gar nicht die Rede seyn [5]).

Eben so wenig wie von jus scriptum und non scriptum, spricht aber Gajus vom jus naturale, wie schon Hugo richtig bemerkt hat [6]).

5) S. über diese falsche Bezeichnung Thibaut Syst. d. Pand. Rechts. §. 10.

6) Rechtsgesch. S. 632.

Erste Scholie.

Ueber Freigelassene und Manumissionen.

Gaji Comm. I. §. 12—48. III. §. 56.

Es soll in dieser Abhandlung also zu Werke gegangen werden, daß zuvörderst eine kurze Geschichte der Freigelassenen und Manumissionen ganz ohne Rücksicht auf Gajus, und als wäre derselbe noch unentdeckt, aus den längst bekannten Quellen vorangeschickt wird; ein zweiter Theil wird alsdann Aufschluß darüber geben, in wie fern Gajus in diese Materie eingreift, sie ergänzt, und wie manches durch denselben eine problematische Gestalt anzunehmen scheint.

I. Das älteste Recht der Römer, und namentlich das der zwölf Tafeln, kannte nur eine Art von Freigelassenen. Mögen gleich die Herren, die selbst geringerer Rechte theilhaftig waren, ihre freigelassenen Sklaven nur zu Genossen ihres Rechts erhoben haben, so stand doch das fest, daß der vom Römischen Bürger manumittirte, Civität erlangte, wie

sein Herr [1]). Ob nun diese Civität bei allen privatrechtlichen Befugnissen auch zugleich völlige staatsrechtliche Gleichheit in sich geschlossen habe, können wir hier dahin gestellt seyn lassen. Sehr Vieles für sich hat die nach guten Zeugnissen vertheidigte Ansicht von Niebuhr, daß bis zu der Censur des blinden Appius Claudius, die Freigelassenen in keiner bestimmten Tribus mit der Befugniß zu stimmen gewesen, d. h. zu den Aerariern gehört hatten [2]). Von dieser Zeit aber, von der Mitte des fünften Jahrhunderts an, verwandelt sich auf jeden Fall ihr niederes Bürgerrecht in ein vollkommenes, das in den Zeiten der Republik nicht wieder unterbrochen wurde, und erst durch Gesetze in der Kaiserzeit Beschränkungen erleiden mußte [3]).

Dreierlei Weise aber ist uralt, wie man zur Freiheit gelangt, oder auch mit anderen Worten: es giebt eine dreifache Form der Manumission: die, vindicta vor einer competenten Magistratsperson [4]), nach Sagen der Alten, von einem Sklaven so

1) §. 3. J. de libert. (1.5.) quia et a primis urbis Romanae cunabulis, una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor. *Theoph.* ad h. loc. J. *Dionys. Hallicarn.* lib. IV., 126. *Cicero pro Corn. Balbo* cap. 24. Fragm. vet. Jureconsulti §. 6.

2) Niebuhr Römische Geschichte I. S. 388. S. *Jac. Raevardi* op. Tom. II. p. 997.

3) wie durch die lex Julia und Papia Poppaea.

4) *Ulpiani* Fragm. I. 7. *Theoph.* ad J. I. 5. §. 4.

genannt, der die Umtriebe der Tarquinier in Rom entdeckte [5]). Dann die censu, durch Eintragung des Sklaven mit Erlaubniß des Herrn in die Schäzzungstafeln [6]), und endlich die testamento, welche erst die zwölf Tafeln einführen, die überhaupt bei dem Grundsatz des freien, unbegränzten Schaltens durch Testament, auch die Manumissionen nicht vergessen durften [7]). Daß diese Arten der Manumission nicht gleiche Wirkungen gehabt, daß vielmehr die vindicta nur ursprünglich persönliche Freiheit, die manumissio censu aber, bis zu Appius dem Blinden, nur das niedere Bürgerrecht, von da an erst das vollständige Recht der Quiriten gegeben, hat Niebuhr vermuthet [8]). Dagegen spricht aber stark genug, daß kein Römischer Schriftsteller solcher verschiedenartigen Wirkungen der Manumissionsweisen Erwähnung thut, daß vielmehr alle drei, als von gleicher Natur, stets neben einander gefunden werden, und daß, wenn dennoch einer mehr Kraft als der anderen beigelegt werden sollte, es wohl eher die manumissio vindicta wäre, die als die beliebteste, oft allein zulässig ist, wo wegen mancher Mängel eine Manumission sonst überhaupt nicht statt finden würde [9]).

5) *Livius* II. 5. *Theoph.* l. l. l. l. 2. §. 24. de O. J. (1. 2.)

6) Ulpiani Fragm. I. §. 8. Theoph. l. l, Fragm. v. J. §. 19.

7) Ulp. I. §. 9. Theoph. l. l.

8) Römische Geschichte I. S. 388. 389.

9) So kann der minor triginta annorum auch causa

Diese dreifache Weise freizulassen ist aber auch die einzige. So wenig wie jemand in dieser älteren Zeit frei werden würde ohne Manumission überhaupt, (ipso jure), eben so wenig durch eine Willenserklärung anderer Art von Seiten des Herrn. Giebt es aber nur eine Freiheit, und eine Art von Freigelassenen, giebt es überhaupt bestimmte Formen der Manumission, so folgt das Andere von selbst: Wer auf die nicht vorgeschriebene Weise manumittirt ist, bleibt Sklave, wie vorher [1]), er muß sklavische Arbeit verrichten, wie vorher [2]), was er erwirbt ist dem Herrn erworben [3]). Diesem consequent durchgeführten Rechtssatz hilft der im Gegensatz der strengen Folgerung die natürliche Gesinnung vertretende Prätor factisch ab, wie er zu thun pflegt. Bleiben die, nicht in gehöriger Form freigelassenenen zwar Sklaven, so soll der einmal ausgesprochene Wille des Herrn doch die Folge haben, daß ein solcher Sklave nicht sklavisch behandelt wird: er soll nicht Dienste verrichten wie vorher. Dies nennen die Römer in libertate morari. (Ἐν ἐλευθερίᾳ διατρίβειν. [4])

probata nur dann frei werden, wenn er *vindicta* manumittirt ist. Conf. Ulp. Fragm. I. §. 12.

1) Frag. vet. Jurecons. §. 6.

2) Fragm. v. J. §. cit.

3) Fragm. v. J. §. 7.

4) Fragm. v. J. §. 6. Auch in den Pandekten kommt in libertate morari im Gegensatz des wirklichen Freiseyns vor, l. 16. §. 2. de bonis lib. (38. 2.) „Si petierit in servitutem et obtinuerit, mox cognita veritate passus sit in *libertate morari* non debet

Die feierliche und vorgeschriebene Form der Manumission kann aber nicht allein hinreichen dem Freigelassenen das Recht der Quiriten zu geben. Es ist oben gesagt worden, daß ein Herr, der bloß das Recht der Latinen oder Peregrinen gehabt hätte, seinen manumittirten Sklaven nur zum Genossen seines Rechts würde erhoben haben. Recht der Peregrinen haben und Peregrine seyn, ist aber gleichbedeutend. Dies kann nun bezogen werden auf alle Rechte einer Person, oder auch nur auf bestimmte einzelne Verhältnisse; mit anderen Worten, es kann jemand Fremdenrecht haben seiner persönlichen Eigenschaften wegen, weil er Peregrine ist, oder auch weil die einzelne in Frage stehende Sache es so mit sich bringt. So ist jeder Römische Bürger Latine [5]) oder Peregrine, in Bezug auf diejenige Sache, die er in bonis hat: daß er usucapiren kann, was bei einem Peregrinen nicht angeht, ändert das augenblickliche Verhältniß nicht. Ist aber jemand Latine, rücksichtlich des Sklaven, den er in bonis hat, so folgt von selbst, daß er ihn manumittirend nur zu dem erheben kann, wozu ihn ein Herr erheben könnte, der überhaupt Latine

ei obesse, maxime si habuit justam causam errandi."

5) Der Latine hat zwar commercium, und es kann ihm mancipirt werden. Ulp. Fragm. XIX, 4. Deswegen kann er aber doch nichts *ex jure Quiritium* haben, und die Mancipation hat bei ihm die Wirkung, wie die Tradition einer res mancipi bei dem Römer.

wäre [6]). So ist der Satz gerechtfertigt, daß der von einem Römischen Bürger freigelassene Sklave bloß Latine wird, wenn ihn sein Herr nur in bonis hatte [7]).

Um einem Sklaven also quiritarisches Recht zu verschaffen, müssen die vorgeschriebenen Formen der Manumission gebraucht werden; auch muß der Manumittirte im quiritarischen Eigenthum des Herrn gewesen seyn. Daß er, wenn dies letzte Erforderniß nicht vorhanden ist, nur Latine wird, ist etwas, was aus der Natur des ganzen Verhältnisses, wie gezeigt worden, von selbst folgt, und keiner gesetzlichen Bestimmung erst bedarf [8]). Somit ist aber auch die Geschichte des Rechts der Manumissionen bis auf Augustus fast beendigt: es giebt noch keine Beschränkung, welche das Alter des Manumittirten, keine, welche das des Manumittirenden und noch viel weniger eine, welche die Zahl der Freizulassenden berücksichtigt.

6) Ulp. Fragm. Tit. I. §. 16. „Qui *tantum* in bonis, non *etiam ex jure Quiritium servum* habet, manumittendo *Latinum* facit.

7) Daß Jemand, der das nudum jus Quiritium an einen Sklaven hat, gar nicht manumittiren kann, *Fragm. vet. Jur.* §. 11., kommt daher, weil ihm jedes materielle Recht fehlt.

8) Daß der Peregrine, der seinen Sklaven manumittirt, ihn nicht zu etwas besserem, als er ist, zum Latinen machen kann, versteht sich von selbst. Der Grund, den das *Fragm. vet. Jur.* §. 14. anführt, weil die lex Junia nicht auf Peregrinen gehe, ist also in sich falsch, da die Thatsache keines weiteren Grundes bedarf.

Bedeutende Beeinträchtigungen des Standes der Freigelassenen brachten aber schon die Anfänge der Kaiserzeit mit sich. Die *lex Papia* verbietet die Ehen der Mitglieder senatorischer Familien mit Libertinen, in der weitesten Ausdehnung.

l. 32, *de ritu nuptiarum* (23. 2).

Marcellus lib. I, ad legem Juliam et Papiam.

Sciendum est libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum, *quamvis* in ejus familia, ingenui jura sit consecutus, ut *libertinum* tamen a Senatoriis nuptiis repellendum esse [9]).

Die Zusammenstellung selbst mit denen, qui artem ludicram fecerint [1]), beweist wohl am besten, wie man sie gern mit Willen herabsetzen wollte. Aber nicht allein die Freigelassenen, auch die Freizulassenden wurden wenig begünstigt. Zwei Volksschlüsse folgen hinter einander, die in jede Art von Manumission hemmend eingreifen.

1) die lex Aelia Sentia (gewöhnlich in das Jahr 756. a. U. c. gesetzt) verordnet, daß kein Sklave unter 30 Jahren, der freigelassen worden sey, Römischer Bürger werden solle, wenn es nicht vindicta, und zwar nach eingeholter Billigung und Bestätigung (causa probata) geschehen sey [2]). Das Erforderniß eines Alters von 30 Jahren

9) l. 24, l. 27, l. 31, l. 42, de R. N. (23. 2.)

1) l. 44. eodem titulo.

2) Ulpiani Fragm. I. §. 12. Theoph. ad J. I. 5. §. 4.

ist nichts, was der lex Aelia Sentia ursprünglich und eigenthümlich angehört: es ist uralt, nur daß hier für die manumissio vindicta bestimmt wird, was schon längst für die nicht mehr übliche manumissio censu gegolten hatte[3]). Der ohne Bestätigung freigelassene Sklave unter 30 Jahren bleibt es, wie vorher, wenn die Freilassung vindicta geschah, ohne daß die prätorische Hülfe hier eingetreten sey, welche den Sklaven nicht sklavisch behandeln läßt[4]). Der testamento manumittirte nicht 30jährige Sklave aber, soll selbst, bei vorangegangener Untersuchung, gar nicht Römischer Bürger werden können, und zwar nach der *lex Aelia Sentia* in der Sklaverei bleiben, aber nach der faktischen Aushülfe des Prätors vom Dienen befreit seyn[5]). Die Untersuchung ob jemand vindicta freizulassen sey, oder nicht, findet in Rom vor fünf

3) Fragm. vet. Jurec. §. 19. „Et qui in *censum* manumittitur, si *triginta annos habeat civitate Romana potitur.*"

4) Ulpianus Fragm. I. §. 12, „.ideo sine consilio manumissum servum manere putat."

5) So erkläre ich, wie weiter unten zu beweisen ist, die Worte Ulpians: „testamento vero manumissum perinde haberi jubet, atque si *domini voluntate in libertate esset.*" domini voluntate in libertate esse wird, wie in libertate morari, als Gegensatz des wirklichen Freiseyns gebraucht, Fragm. v. Jureconsulti §. 6. Die Schlußworte Ulpians: „ideoque Latinus fit," sollen ebenfalls weiter unten erklärt werden.

fünf Senatoren und fünf Römischen Rittern statt, in den Provinzen vor zwanzig Recuperatoren, welche sämmtlich Römische Bürger seyn müssen [6]); der Termin zur Untersuchung ist in den Provinzen der letzte Sitzungstag, in Rom an einem anderen bestimmten Tage [7]).

Außer dieser Beschränkung, welche sich auf den Freizulassenden bezieht, finden sich aber noch andere in der lex Aelia Sentia rücksichtlich des Freilassers. Jede Manumission, die in fraudem des Gläubigers oder Patrons geschah, soll von nun an ungültig seyn [8]). Ferner soll jeder Herr unter 20 Jahren nicht manumittiren dürfen, wenn er es nicht vindicta nach vorhergegangener Untersuchung gethan habe [9]). Es sind der Gründe zu einer solchen Freilassung gar mannigfache, und uns in Institutionen und Pandektenstellen mitgetheilt [1]). Sie fallen ganz mit denjenigen Gründen zusammen, die auch die Freilassung eines Sklaven unter 30 Jahren möglich machen [2]), so wie denn überhaupt beide Theile der

6) Ulp. I. §. 13.

7) Theoph. I. 6. §. 4.

8) Ulp. I. §. 15, pr. I. qui et quib. ex caus. (1. 6.)

9) Ulp. I. §. 13. §. 4. J. t. l. Fragm. v. Jurec. §. 15.

1) §. 5. J. qui et a quib. (1. 6.) Theoph. ad. h. l. l. 9. 11, 12, 13, 14, 15. 16, de manumissionibus. (40. 1.)

2) Viele der angeführten Pandektenstellen sprechen von einer justa causa ganz allgemein. So l. 9. t. l. „Justa „causa manumissionis est, si „periculo vitae infamiaeve do„minum servus liberaverit.“ Die Institutionenstelle bezieht sich nur auf den minor viginti annis.

lex Aelia Sentia nur darin verschieden zu seyn scheinen, daß der eine das Alter des Sklaven, der andere aber die Jahre des Herrn berücksichtigt. So ist der Grund, der überhaupt jede causae probatio unnöthig macht, die Einsetzung des Sklaven als Notherben, bei einem die Schulden nicht deckenden Vermögen des Testators, beiden Theilen der lex Aelia Sentia gemein. Handelt gleich Ulpian diesen Satz nur bei dem minor triginta annorum ab [3]), so spricht doch Paulus ganz allgemein davon, als von einer bei jeder causae probatio vorkommenden Weise.

l. 27. de man. testamento (40. 4.)
Paulus lib. 1. ad leg. Aeliam Sentiam.

Qui potuerint apud consilium manumittendo ad libertatem perducere, possunt etiam necessarium heredem facere, ut haec ipsa necessitas probabilem faciat manumissionem.

Nur dieser einzige Unterschied mag zwischen den beiden Theilen der lex statt finden, daß der minor triginta annorum, wenn er testamento, ohne Erbe zu seyn, manumittirt wird, wie schon oben gesagt worden, vom Dienen vollkommen befreit seyn soll [4]). Dies kann auf den von einem nicht zwanzigjährigen Herrn freigelassenen nicht ausgedehnt werden, weil man alsdann nicht sagen dürfte, domini voluntate in libertate est, indem es eben das Charakteristische

3) Ulp. I. 14. 4) S. oben S. 28.

dieser Beschränkung ist, daß der Herr keinen Willen haben soll [5]).

Abgesehen aber von den Beschränkungen bei dem Manumittiren, wird auch die bürgerliche Stellung gewisser Freigelassenen bedeutend zu ihrem Nachtheil durch die lex Aelia Sentia verändert. Alle Sklaven, die wegen gewisser Vergehen bestimmte Strafen erlitten [6]) haben, sollen, von wem sie auch späterhin freigelassen seyn mögen, und auf welche Weise [7]), nur dasjenige Recht erhalten, das die niedrigste Art der Peregrinen, die perigrini dedititii haben [8]) (dedititiorum numero sunt). Diese können aber niemals auf irgend eine Weise zum Römischen Bürgerrecht gelangen [9]).

5) Fragm. v. Jurec. §. 13. „Minor viginti annorum manumittere, nec vindicta potest, nec testamento." Diese Stelle, so wie das Argument aus Ulp. I. §. 12. spricht entscheidend gegen die übrigens sehr scharfsinnig vertheidigte Conjectur Branchüs in Obs. ad Jus R. p. 66—76, daß die lex Aelia Sentia, was den minor viginti annorum betrifft, nur von der manumissio inter vivos gesprochen habe.

6) Ulp. I. §. 11. Dedititiorum numero sunt, qui poenae causa vincti sunt a domino: quibusve stigmata scripta fuerunt, qui propter noxam torti, nocentesque inventi sunt: quive traditi sunt, ut ferro, aut cum bestiis depugnarent: vel in custodiam conjecti fuerunt. S. auch *Suetonius*, Aug. cap. 40.

7) Ulp. l. l. „deinde quoquo modo manumissi sunt.

8) Ulp. l, l. Theoph. I. 5. §. 3. Epitome Inst. Gaji. I. 1. §. 4. §. 3. J. de libert. (1. 5.)

9) §. 3. J. de lib. (1. 5,) Epitome 1. §. 5. „Dedititii vero nulla ratione possunt ad Romanorum libertorum beneficium pervenire." Isid. Or.

2) Ebenfalls noch unter Augustus wurde durch einen anderen Volksschluß, die lex Furia Caninia, die Anzahl der im Testament Freizulassenden vorgeschrieben. Von dreien Sklaven sollen nur 2, von da bis zehn nur die Hälfte, von 10 — 30 ein Drittel, von 30 — 100 ein Viertel, von 100 — 500 ein Fünftel freigelassen werden dürfen. Mehr wie 100 aber niemals, auch bei der größten Anzahl, doch soll die Rechnung also seyn, daß aus einer nachfolgenden Ordnung niemals weniger freigelassen zu werden brauchen, als aus der vorhergehenden. So z. B. dürfen von 12 Sklaven nicht bloß 4, wie es dem Grundsatze nach wäre, sondern 5 manumittirt werden [1]). Sollten aber in fraudem dieses Gesetzes alle Sklaven unter einander, und ohne Ordnung freigelassen seyn, so daß man nicht wüßte, auf welche Sklaven das Gesetz angewandt werden könne oder nicht, so ist jede Freilassung überhaupt vernichtet [2]). Sehr gut hat Reitz gegen die Annahme der früheren Juristen dargethan, daß die lex Furia Caninia später als die Aelia Sentia gegeben worden und erst in das Jahr 761 zu setzen sey [3]).

IX. 4. „ad dignitatem civium Romanorum non pervenerunt."

1) Ulp. I. §. 24. Epit. I. 2. pr. Tit. J. de lege Fusia Can. toll. Theoph. ad h. l.

2) Epit. I. 2. 3. Pauli Sent. recept. IV. 14. §. 1. „*nominatim* servi testamento manumitti secundum legem Fusiam possunt.

3) Reitz ad Theoph. p. 77.

Wenn aber so viel unter Augustus geschehen ist, zur Beschränkung des Freiseins, so kommt auf der anderen Seite unter ihm eine neue Art der testamentarischen Freiheit auf. Durch die festere und gesetzlichere Stellung, welche die Fideicommisse jetzt annehmen, wird es möglich, eine Freilassung im Testament so zu bewirken, daß der Manumittirte zugleich einen Patron erhält, da er sonst orcinus libertus gewesen war [4]). Es ist diese fideicommissaria libertas nicht sowohl eine andere Form der Manumission, als vielmehr eine Vorkehrung, daß ein Anderer manumittire. Die Einzelheiten, wovon diese Lehre voll ist, gehören nicht hierher, wo nur eine kurze Uebersicht der Geschichte der Manumissionen, so weit sie sich auf die Ergänzungen des Gajus bezieht, gegeben werden soll.

Noch ist unter Augustus die Bestimmung getroffen worden, daß der Kaiser, wenn er vindicta freiläßt, nicht die übliche Form zu beobachten brauche, sondern daß sein Wille allein hinreichend sey [5]).

Addenda p. 65. V. Heineccii hist. jur. p. 138. *Majansii* Disputationes. p, 71.

4) §. 2. J. de fidem. Her, (2. 23.) Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is qui directo ex testamento liber esse jubetur ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *Orcinus* appellatur.

5) l. 14. de manum. vind. (40. 2.) Imperator cum servum manumittit non vindictam imponit, sed cum voluit fit liber is, qui manumittitur *ex lege Augusti.*

So viel von der Geschichte der Freilassungen unter Augustus. Der Geist aller seiner Einrichtungen geht dahin, die überhand nehmende Sucht durch eine große Anzahl von Freigelassenen zu glänzen [6], zum Besten der Herren sowohl, als der im Werth dadurch immer geringfügiger werdenden Römischen Civität zu beschränken.

Diese der Freiheit eben nicht günstige Richtung wird von den Nachfolgern Augusts nicht weiter verfolgt. Schon unter Tiberius wird ein Ausweg gefunden, wie den durch die Beschränkung der lex Aelia Sentia trotz der Freilassung in der Sklaverei verbliebenen, ein besseres Loos bereitet werden könne. So auch anderen, die wegen mangelnder Form nicht zur Freiheit gelangt waren. Diesen Ausweg aber bietet die lex Junia, auch häufig Norbana genannt, und gewöhnlich in das Jahr 771 gesetzt.

Bisher war durch den Prätor der Zustand gewisser Sklaven dahin gemildert worden, daß sie nicht mehr zu sklavischen Diensten angehalten werden konnten. Dieses nannte man domini voluntate in libertate esse, in libertate morari, im Gegensatz des wirklichen Freiseyns. Die lex Junia ändert dieses dahin ab, daß überall, wo vorher nur ein in libertate morari angenommen wurde, jetzt eine eigene Art von Freiheit, die Latinische eintritt.

Der faktische Zustand des in libertate esse aber

6) Dionysius IV. p. 126.

war, wie vorher auseinander gesetzt worden ist, in zweien Hauptfällen vorhanden gewesen, in dem Falle einer unfeierlichen Freilassung, und wenn gegen die Norm der lex Aelia Sentia ein minor triginta annorum im Testament manumittirt worden war. Für diese Fälle war nun die lex Junia gegeben. In einem dritten, wenn jemand aus nicht quiritarischem Eigenthum des Herrn entlassen wurde, hätte schon ohne irgend eine lex Latinität ertheilt werden müssen; die lex Junia konnte ihn aber nun auch unter sich begreifen, da sie überhaupt den Begriff der Latinität für Libertinen gewisser Art allgemein aufstellte [7]).

Es ist aber nun in wenigen Worten über die Wirkungen dieser latinischen Freiheit zu reden. Daß

7) Speziell scheint die lex Junia nur die im Auge gehabt zu haben, qui inter amicos manumissi erant. So Ulpianus I. 10. „Hodie autem ipso jure liberi sunt ex lege Junia qua lege Latini sunt nominati *inter amicos manumissi*." Eben so *Fragm. vet. Jurecons.* §. 8. Auf der anderen Seite hat es aber das Ansehn, als sey das inter amicos manumittere der allgemeine Ausdruck für jede nicht vollkommene Freiheit gewesen. So Seneca de vita beata, cap. 22. „Servi liberine sint, ingenui aut libertini *justae libertatis an inter amicos datae*: quid refert." Auch werden alle libertini, die latini sind, Juniani genannt. Ulp. I. 5. „Libertorum genera sunt *tria*, cives Romani, *Latini Juniani*, dedititiorum numero." Daß es aber Grundsatz der lex Junia gewesen sey, die Latinität an die Stelle des in libertate morari zu setzen, dafür Quinct. Declam 340. „Qui voluntate domini in voluntate fuerit liber sit."

die lex Junia Norbana, wie Niebuhr [8]) vermuthet, nur das uralte Recht der Freigelassenen vor Appius dem Blinden wieder hergestellt, indem sie einer Klasse latinisches Recht anwies, ist wohl deswegen ungegründet, weil die Aerarier gewiß niemals solchen privatrechtlichen Beschränkungen unterworfen waren, als die Latinen aus der lex Junia. Zwar wird allgemein gesagt, sie seyen den latinis coloniariis gleich gestellt worden [9]). Dies gilt indessen keineswegs für die einzelnen Rechte. Der Latine aus der lex Junia lebte zwar als Freier: wenn er aber starb, fiel sein Vermögen, als sey er stets Sklave geblieben, jure peculii an den Patron, oder dessen Erben zurück [1]). So hat der Latinus Junianus, wie jeder Latinus, commercium und testamenti factio [2]). Dieses letztere Recht ist ihm indessen durch einzelne Beschränkungen wiederum so genommen, daß ihm nur die Befugniß übrig bleibt, Testamentszeuge seyn zu dürfen [3]). Er kann weder selbst ein Testament machen [4]), noch als Latine etwas aus einem Testamente unter irgend einem Ti-

8) Römische Geschichte. S. 389.

9) Fragm. v. Jurecons. §. 8. „Quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, *exaequavit* eos Latinis coloniariis, qui tunc erant cives Romanorum" etc.

1) §. ult. J. de succ. lib. (3. 8.)

2) Ulp. XIX. §. 4. XX. §. 8. „Quoniam cum eo testamenti factio est."

3) Ulp. XX. §. 7.

4) Ulp. XX. §. 14.

tel, außer durch Fideicommiß, erhalten [5]), noch zum Tutor in einem Testamente ernannt werden [6]).

So viel von den Rechten der Latini Juniani. Die lex Junia hatte nur gewisse besondere Fälle umfaßt; sie wurde aber späterhin auch auf viele andere Fälle einer mangelhaften Freilassung ausgedehnt, und erlitt sogar dadurch eine Erweiterung, daß bisweilen ipso jure Latinität eintreten sollte. Wie die manumissio inter amicos, giebt auch die per epistolam, und in convivio latinisches Recht [7]). Ferner die Freilassung eines statu liber durch den Erben pendente conditione [8]). Durch ein Edict des Kaisers Claudius soll derjenige kranke Sklave, den der Herr hülflos aus dem Hause geworfen, ohne ihn in ein öffentliches Hospital zu schicken, ipso jure latinus seyn [9]); eben so die Magd, die der Herr gegen Abrede geschändet [1]), oder der Sklave, für den, wenn er in liberali judicio besiegt wurde, der Preis geboten war [2]), endlich auch die Magd, die der Herr an einen freien Mann verheirathet, und welcher er zugleich eine dos constituirt hatte [3]).

Die Lehre von dem Erbrecht der Latini juniani

5) Ulp. XXII. §. 3. §. 8. XVII. §. 1. XXV. §. 7.

6) Ulp. XI. §. 16. „Nam Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest: id enim lex Junia prohibet."

7) Epitome I. 1. §. 2. Theophilus I. 5. §. 4. l. un. Cod. de Lat. lib. toll. (7. 6.)

8) l. un. Cod. cit. §. 7.

9) l. un. Cod. cit. §. 3. l. 2. D. qui sine man. (40. 8.)

1) l. un. Cod. cit. §. 4.

2) eodem, §. 8.

3) eodem, §. 9.

gehört, wie das Erbrecht der Libertinen überhaupt, in eine eigene folgende Abhandlung. Hier mag nur noch bemerkt werden, daß nach Ulpian dieselbe lex Junia für die Latini minores triginta annorum, auch den Weg zur Civität angeben soll, der darin besteht, daß ein solcher Latine, der eine Latina oder eine Römische Bürgerin heirathet, und ein einjähriges Kind hat, dies beim Prätor anzeigt, und dadurch für sich, seine Frau und sein Kind Civität erlangt [4]).

Unten wird mehr von dieser Art Römisches Bürgerrecht zu erwerben die Rede seyn. Auch die auf eine andere Art Latinen geworden sind, erlangen so die Civität durch ein späteres Senatusconsult unter Vespasian [5]). Da aber nun überhaupt eine dem Zeitalter Augusts entgegengesetzte, die Freiheit begünstigende Richtung genommen war, so wurde auch diese consequent verfolgt. Viele andere Wege eröffneten sich, dem Latinen das Bürgerrecht zu verschaffen; durch eine schon unter Tiberius gegebene lex Visellia sollte der Latine durch sechsjährigen Kriegsdienst zum Recht der Quiriten gelangen [6]); ein Senatusconsult, wahrscheinlich unter Hadrian erlassen, setzt diese Zeit auf 3 Jahre herab [7]). Wer ein Schiff, das 10000 modios hält, erbaut, und 6 Jahre hindurch Getreide nach Rom

4) Ulp. III. §. 3. „nam lege *Junia* cautum est." Durch ein Senatusconsult unter Hadrian folgt dies bei der Verheirathung mit einer Römischen Bürgerin von selbst. Ulp. III. §. 3.

5) Ulp. III. §. 4.

6) Ulp. III. §. 5.

7) Ulp. eodem.

einführt, wird nach einem Edict von Claudius gerade so behandelt, als habe er dieselbe Zeit über Kriegsdienste geleistet [8]); ferner wird der Latine Römischer Bürger, der Rom verschönert [9]), der, wenn er als major triginta annorum die Latinität erlangte, noch einmal feierlich manumittirt wird [1]), und sonst aus noch gar vielen anderen Gründen [2]).

Aber auch außerdem nehmen die Begünstigungen der Manumissionen unter den späteren Kaisern immer zu. Die Achtung, welche die Römische Civität früher eingeflößt hatte, war verloren, und es war im Gegentheil jetzt recht vortheilhaft, viele steuerbare Unterthanen zu haben. Freigelassene, die nun zum Theil zu hohen Ehren gelangen, erhalten häufig schon in der früheren Kaiserzeit durch das jus aureorum anulorum die Rechte der Ingenuität [3]), und neben den Formen der Manumissionen bildet sich das Institut eines Freiwerdens ipso jure immer mehr aus. Wie durch das Edict von Claudius, und die anderen späterer Kaiser, von selbst oft Latinität eintrat, so wurde auch nun häufig Civität zur Belohnung, oder durch andere Gründe, ohne irgend eine Freilassung, erworben. Schon durch das S. C. Silanianum soll der Sklave ipso jure frei seyn, der die Mörder seines Herrn entdeckt [4]). Un-

8) Ulp. III. §. 6.
9) Ulp. III. §. 1. „aedificio."
1) Ulp. III. §. 4.
2) Ulp. III. §. 1. 2., beneficio principali, pistrino, praeterea ex Senatusconsulto, vulgo quaesitum ter enixa.
3) l. 1—6. D. de jure aur. ann. (40. 10).
4) l. 4. D. de bon. lib. (38. 2.) l. 5. D. qui sine

ter Trajan und den folgenden Kaisern wurde den Verzug, den der Fiduciar sich im Manumittiren erlaubte, durch ein Freiseyn ipso jure ersetzt [5].) Wichtiger aber ist für diese Art des Freiwerdens eine Constitution des Kaisers Marcus Aurelius, die nicht ganz auf uns gekommen ist, deren aber in gar vielen Pandekten- und Codexstellen Erwähnung geschieht. Sie will, daß der Sklave, der unter Bedingung der Manumission in bestimmter Frist verkauft, oder auf andere Art überlassen worden ist, ex constitutione frei werde, wenn der Käufer oder der sonstige Besitzer die Manumission nicht vor sich gehen lasse [6]. Dieser Constitution ganz ähnlich ist eine andere desselben Kaisers, daß der suis nummis redemptus frei seyn solle [7]; doch scheint diese Constitution ursprünglich nur Latinität verliehen zu haben, und mit der gleichbedeutend zu seyn, von wel-

man. (40. 8.) l. 1. C. pro. quib. caus. (7. 13.)

5) l. 26. l. 28. l. 51. de fidcico. lib. (40. 5.) Das S. C. Rubrianum und Dasumianum. *Bach* Trajanus p. 112.

6) l. 10. l. 20. l. 23. de manum. (40. 1.) l. 20. §. 1. de manum. vind. (40. 2.) l. 8. de jure patron. (37. 14.) l. 13. pr. §. 1. de operis lib. (38. 1.) l. 1, l. 3, l. 4, l. 6, l. 8, l. 9. qui sine manumission. l. 3, l. 4. de serv. export. (18. 7.) l. 2. l. 3. C. si mancip. ita fuerit alien. (4. 57.) S. Mein Röm. Obligationenrecht. S. 208—212.

7) l. 19. de manum (40. 1). Si quis ab alio nummos acceperit, ut servum suum manumittat, etiam. ab invito libertas extorqueri potest; licet plerumque pecunia ejus numerata sit, maxime si frater vel pater naturalis pecuniam dedit: *videbitur enim similis ei, qui suis nummis redemptus est.*

cher §. 8. de lat. lib. tollenda spricht. Der Kaiser Constantin beschenkte die Sklaven mit der Römischen Civitat, die Falschmünzer und Entführer entdeckt haben würden [8]), und Gratianus, Valentinianus und Theodosius dehnten dies auf das Anzeigen von entlaufenen Soldaten aus [9]).

Ueber diese Freiwerdungen ipso jure muß nur noch im Allgemeinen bemerkt werden, daß der Libertine, der auf solche Weise zur Freiheit gekommen, ein libertus orcinus ist, oder wenigstens demselben gleich gestellt werden muß [1]); er braucht keine operae seinem vormaligen Herrn zu leisten [2]); er kann nicht von demselben als ingratus angeklagt werden [3]); der Herr hat endlich keine bonorum possessio contra tabulas liberti [4]).

Von allen Kaisern hat aber keiner so viel für die Libertinen, und zur Beförderung der Manumissionen gethan, als Justinian. Die schon durch Gewohnheit längst außer Gebrauch gekommene, und nachdem bei Freien der Unterschied geschwunden, iso-

8) l. 2. pro. quib. caus. (7. 13.) „ut eorum domini pretium a fisco percipiant." l. 3. h. t.

9) l. 4. h. t.

1) l. 5. qui sine manum (40. 8). „Qui ob necem detectam domini praemium libertatis consequitur *fit Orcinus libertus.* l. 4. de. bon. lib. (38. 2.) l. 13. de op. lib. (38. 1.) l. 30. pr. qui et a quibus. (40. 9.) Widerspricht ist freilich Modestinus in l. 8. §. 4. de jure patron. (37. 14.)

2) l. 13. de op. lib. (38. 1.)

3) l. 30, pr. qui et a quib. (40. 9.)

4) l. 3. §. 3. de bon. lib. (38. 2.)

lirt daſtehende Freiheit der Dedititien und Latinen, wird durch ein förmliches Geſetz von ihm aufgehoben [5], alle Beſchränkungen, welche die lex Aelia Sentia und Fusia Caninia erfunden, vernichtet [6], kurz das Inſtitut der Libertinität auf die einfacheren Grundlagen der älteren Zeit wieder zurückgeführt [7]: eine Conſtitution des Kaiſers Marcus Aurelius, die bei nicht angetretener Erbſchaft einem Fremden oder den Sklaven das Vermögen unter der Bedingung zuſpricht, daß die Creditoren befriedigt, und die Sklaven freigelaſſen werden, wird von ihm noch weiter ausgedehnt [8]; viele Streitigkeiten der Juriſten zu Gunſten der fideicommiſſariſchen Freiheit beigelegt [9]; eben ſo aber manche Beſtimmungen über die Freilaſſung eines gemeinſchaftlichen Sklaven erlaſſen [1], und über den Fall, wenn der Proprietarius einen Sklaven freiläßt, der in usufructu iſt, wo nach älterem Recht der Sklave servus sine domino blieb [2]. Alles Einzelne, was Juſtinian für die Libertinen und Manumiſſionen ge-

5) Tit. Cod. de dedit. lib. tollenda. (7. 5.) Tit. Cod. de lat. lib. tollenda. (7. 6.)

6) Tit. I. de lege Fusia Can. toll. (1. 7.) Tit. idem Codicis. (7. 4.) §. 7. J. quib. ex causis. (1. 6.) Nor. 119. cap. 2.

7) §. 3. J. de libert. (1. 5.)

8) Tit. J. de. eo cui lib. causa. (3. 12.) l. 15. Cod. de test. man. (7. 2.)

9) l. 14 — 17. C. de fid. lib. (7. 4.)

1) l. 1. 2. C. de servo comm. (7. 7.)

2) Tit. 15. Cod. comm. de man. (7. 15.) Ulp. Tit. I. §. 19.

than, kann hier natürlich nicht aufgezählt werden [3]), jedoch muß noch überhaupt die Bemerkung stehen, daß schon lange vor ihm unter den christlichen Kaisern, ganz fremdartige Formen der Manumissionen aufgekommen waren, wie z. B. die in sacrosanctis ecclesiis [4]). Somit aber kann der erste Theil dieser Abhandlung, der eine kurze Uebersicht der Geschichte der Freilassungen aus den älteren Quellen versuchen sollte, als beendigt angesehen werden. Leichter wird es nun seyn, der ursprünglichen Absicht gemäß zu bestimmen, was Gajus uns für diese Lehre geworden ist.

II. Was wir aus Gajus für diese Lehre erhalten, ist zwiefach. Zuerst bringt uns derselbe nämlich einige wenige Notizen, die zwar in sich schätzbar, aber für das Ganze der Lehre überhaupt von geringer Bedeutung sind. Dann wird aber durch ihn eine Untersuchung und Streitfrage angeregt, zu der wohl schon früher Grund und Stoff vorhanden war, aber doch nicht in solchem Grade, daß man sehr aufmerksam darauf geworden wäre. Der erste hier abzuhandelnde Punkt ist nichts als eine Ergänzung des schon früher aus älteren Quellen dargestellten, der zweite kann als eine eigene, mit Willen in dem Vorhergegangenen durchaus nicht berührte Untersuchung betrachtet werden.

3) Schacher, Justinianus manumissionum fautor. Lips. 1735.

4) l. 1. 2. C. de his, qui in eccl. (1. 13.) l. 4. de praep. sacri. (12. 3.)

1) Rücksichtlich der Deditition aus der lex Aelia Sentia bemerkt Gajus, daß sie sich nicht weder in Rom, noch innerhalb des hundertsten Meilensteins vor der Stadt hätten aufhalten dürfen, sonst wären sie unter eben dieser Bedingung und unter der anderen, nicht manumittirt zu werden, wieder verkauft worden; sey aber nochmals dagegen gefehlt worden, so wären sie servi populi Romani geblieben [5]).

Gänzlich unbekannt war diese Notiz vor dem Erscheinen des Gajus nicht. Isidorus in einer vollkommen falschen und verkehrten Nachricht über die Freigelassenen durch Testament, fügt folgendes hinzu:

Origines lib. IX. cap. 4.

His primum aditus erat in urbe Roma commorari, caeteris autem libertis prohibebatur, ne vel in urbe Roma, vel intra septimum ab urbe milliarium commanerent.

Daß diese Nachricht schlecht vom Bischof aufgefaßt worden, war aus ihr selbst ersichtlich. Gajus

5) Comm. I. §. 27. Quin et in urbe Roma, vel intra centesimum urbis Romae milliarium morari prohibentur et *si contra fecerint* etc. ipsi bonaque eorum publice venire jubentur ex conditione ut ne in urbe Roma, vel intra centesimum urbis Romae, milliarium serviant neve umquam manumittantur; *et* si manumissi fuerint servi populi

jus belehrt uns nun, daß, was hier allgemein von allen Libertinen, die nicht Römische Bürger sind, gesagt ist, lediglich auf die Deditition zu beziehen sey; ferner, daß statt des septimum milliarium ein centesimum anzunehmen ist. Uebrigens bot auch schon neben Isidor ein Pandekten-Fragment, eine sehr gute Parallelstelle zu der jetzt vollständigeren Nachricht aus Gajus dar, vorzüglich zu ihrem letzteren Theile. Der Herausgeber hat sie nicht angeführt. Sie lautet also:

l. 2. qui et a quibus manumissi (40. 9).
Ulpianus libro I. ad Sabinum.
Servo competere libertas non potest si relegatus moratus sit in urbe.

Daß hier statt servo ursprünglich dedititio gestanden habe, ist höchst wahrscheinlich; ein servus ist der Strafe der Relegation unfähig, so wie einer poena pecuniaria 6), denn jene nimmt nicht einmal die Civität, und der Relegirte behält seine Kin-

puli Romani esse jubentur, et haec ita lege Aelia Sentia (. . . . .) sunt. Die Ausfüllung des Herausgebers, neve umquam manumittantur et si manumissi, ist jedoch noch immer problematisch, vorzüglich da hiernach nichts über die Sklaven bestimmt ist, die gegen die

Verkaufsbedingung in Rom dienen würden.

6) l. 12. §. 4. de accus. (48. 2.) „Idemque dicendum est in caeteris legibus, quibus pecuniaria poena irrogatur, vel etiam capitis, *quae servorum poenis non convenit, sicuti relegatio.*

der in potestate [7]); bei einem Sklaven wäre also eine solche Relegation Verbesserung seines Verhältnisses. Sie nimmt ihm nichts, entzieht ihn aber seinen Dienstverrichtungen. So aber stimmt dieses Fragment vollkommen mit der Stelle des Gajus überein, und will weiter nichts andeuten, als daß ein dedititius, der schon ipso jure, durch die früher erlittene Strafe aus Rom relegirt sey, wiederum verkauft werden soll, wenn er sich der Stadt genahet habe. Auch liegt in der Anordnung der lex Aelia Sentia, daß die Sklaven, welche gewisse Strafen erlitten haben, Dedititien durch Freilassung sind, nichts außerordentlich befremdendes; denn da Freie, die dieselben Strafen leiden, dadurch von selbst Sklaven werden [8]), so kann die ähnliche Wirkung die Sklaven erst nach ihrer Freilassung treffen.

2) Aus den bisherigen Quellen war es bekannt, daß ein dedititius weder ein Testament machen konnte [9]), noch als Erbe eingesetzt werden durfte, weil mit ihm keine testamenti factio war [1]). Nach

7) l. 4. de interd. ret el. et dep. (48. 22.)

8) l. 8. §. 4. Qui testam. facere possunt. (28. 1.) (*Gajus*) Hi vero, *qui ad ferrum, aut ad bestias*, aut in metallum damnantur *libertatem perdunt* bonaque eorum publicantur.

9) Ulp. XX. §. 14. „is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus quoniam nullius certae civitatis *civis est*, ut adversus leges civitatis suae testetur.

1) Ulp. XXII. §. 2.

allem Anschein war nun anzunehmen, die lex Aelia Sentia habe dieses selbst enthalten. Aus Gajus werden wir aber vom Gegentheil belehrt. Die lex Aelia Sentia hat über diesen Punkt ein völliges Stillschweigen beobachtet, und nur die Interpretation der Juristen hat dem Geist des Gesetzes zufolge dieses hineingelegt. Auch lernen wir aus Gajus, daß diese Auslegung keineswegs unbestritten war, daß aber die Meisten sich dazu hinneigten.

Com. III. §. 75.

Nam eorum bona, qui si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. non tamen hi habent etiam testamenti factionem, nam id plerisque placuit, nec immerito, **nam** incredibile videbatur; pessimae condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi jus concedere [2]).

3) Gajus theilt uns die Gründe mit, die hinreichend wären, um bei einer causae probatio mit der manumissio eines Sklaven unter 30 Jahren durchzukommen [3]); es sind dieselben, welche uns die

2) Sehr gut hat der Herausgeber aus dieser Stelle, das quod plerisque placuit in Comm. I. §. 25. supplirt, „nec ipsi *testamentum* facere possunt, secundum *quod plerisque* pla*cuit*.

3) Comm. I. §. 19.

Institutionen [4]), der gothische Auszug [5]) und Theophilus [6]) für die Duldung der Manumission durch einen minor viginti annorum aufzählen. Nun ist zwar schon oben aus den Pandekten [7]), wegen der Allgemeinheit mit der in vielen Stellen von den Gründen einer jeden causae probatio gesprochen wird, mit Recht der Schluß gezogen worden, daß die Erfordernisse, welche die lex Aelia Sentia bei der Gestattung einer, wegen mangelnden Alters im Allgemeinen nicht zu duldenden Manumission verlangt, für beide Theile dieses Gesetzes dieselben wären [8]). Interessant ist es jedoch noch immer, nun in bestimmten Worten, von Gajus die Bestätigung dieser nicht ganz offen daliegenden Vermuthung zu hören. Es scheint aber auch wohl nun zugleich die Richtigkeit der Ansicht unzweifelhaft zu seyn, daß bis auf das Besondere, welches aus der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Personen, des Freilassers oder Freizulassenden, fließt, beide Theile der lex Aelia Sentia überhaupt vollkommen identische Bestimmungen enthielten.

Comm. I. §. 39.

Sed et illae causae, quas superius de servo minore XXX. annorum exposuimus, ad hunc quoque casum de quo loquimur adferri possunt,

4) §. 5. J. qui et quib. ex caus. (1. 6.)
5) Epitome I. 1. §. 8.
6) Theophilus I. 6. §. 5.
7) l. 9, l. 13, l. 14, l. 16. de man. vind. (40. 2.) l. 21. qui et a quib. (40. 9.)
8) Siehe oben S. 33. 34.

item ex diverso hae causae, quas in minore XX. annorum domino rettulimus porrigi possunt et ad servum minorem triginta annorum [9]).

4) Interessant ist es, daß Gajus schon die Betrachtung anstellt, wie sonderbar die lex Aelia Sentia gehandelt habe, daß sie dem minor XX. annorum die Manumissionsfreiheit genommen, da er doch sonst über Alles im Testament schalten könne [1]). Zu Gajus Zeiten, war diese Anordnung jedoch noch ein geltendes, sogar nicht sehr altes Institut, und er durfte nur de lege lata jammern. Spaßhaft ist es aber nun zu sehen, wie Justinian, in den Institutionen diese Stelle des Gajus abschreibend, nur das Imperfectum an die Stelle des Präsens setzt, und als sey es seine hochweise Betrachtung, jetzt mit legislatorischer Machtvollkommenheit dazwischen tritt [2]). Es macht es dieser Zusammenhang nicht

9) Die Institutionen beschränken zwei ganz allgemein angeführte Gründe des Gajus, daß man die ancilla heirathen, oder den Sklaven zum Prokurator haben wolle, dahin, daß das Erste binnen 6 Monaten geschehen, der Sklave aber 17 Jahr alt seyn mußte. l. 13. de man. vind. (40. 2.)

1) Comm. I. §. 40. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus XX. annorum dominis per legem Aeliam Sentiam constitutus sit, evenit, ut qui XIIII. annos aetatis expleverit licet testamentum facere possit et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen si adhuc minor sit annorum XX. libertatem servo dare non possit.

2) §. 7. J. qui et quib. ex causis. (I. 6.) Die Worte: „Quod non erat ferendum," beweisen, daß der Kaiser sich die Bemerkung so eigentlich zugeschrieben wissen will.

unwahrscheinlich, daß vielleicht die Lektüre des Gajus den Kaiser auf seine neue Verordnung gebracht haben mag.

5) Wir werden durch Gajus mit einem neuen Senatusconsultum Pegasianum bekannt, das nicht von Fideicommissen handelt. So nämlich heißt das Senatusconsult, das wir seinem Inhalt nach aus Ulpian schon kennen, wodurch auch den majoribus triginta annorum Latinis factis die Wohlthat ertheilt wird, durch ein einjähriges Kind zur Römischen Civität zu gelangen.

Comm. I. §. 31.

Tamen postea senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione Consulibus factum est et*iam* majoribus triginta annorum manumissis Latinis factis concessum est.

Pegasus und Pusio hießen aber die Consuln, unter denen zu Vespasians Zeit die Vortheile der lex Falcidia auch auf den fideicommissarischen Erben übertragen wurden [3]).

Daß übrigens dieses andere Senatusconsultum Pegasianum, auch das neu auf uns durch Gajus kommende Factum enthalten habe: bei dem Tode des latinischen Vaters hätte ebenfalls die Mutter durch das einjährige Kind für sich und dasselbe Civität erlangen können, wird durch den Zusammen-

3) Comm. III. §. 254. §. 5. J. de fideicomm. heredit. (2. 23.)

hang wahrscheinlich, worin sich die folgende Stelle, deren Anfangsworte fehlen, unmittelbar mit der vorhergehenden befindet.

Comm. I. §. 32.

******** si ante *dece*sserit Latinus **quam** anni*cu*li filii causam prob*ar*et, potest mater ejus causam probare, et sic et ipsa fiet civis Ro*mana* * * * *

Die Anfangsbuchstaben dürften vielleicht demzufolge, und nach den vom Herausgeber in der Note 17. mitgetheilten Zügen so supplirt werden können: „Unde etiam." Auch das Kind des Latinen scheint ganz allein, wenn seine Eltern todt waren, diese causae probatio veranstalten gekonnt zu haben: dies geht aus folgenden, ohne Zusammenhang dastehenden einzelnen Worten des Textes hervor *).

Comm. I. §. 32.

— — — ipse filius *cu*jus **************
*********** debet causam probare ut *****
******************* de filio anniculo.

6) Die anderen Arten, wie man aus einem Latinen ein Römischer Bürger wird, zählt zwar Gajus ebenfalls auf; es ist aber unglücklicherweise nur Weniges davon leserlich gewesen. Das einzige Neue, was wir diesen Bruchstücken entnehmen kön-

*) Hollweg de causae prob. p. 51. Daß nach dem Tode des Vaters im Allgemeinen eine causae probatio möglich sey, wußten wir aus Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. 3.

nen, ist, daß der Latine, wenn er aedificio zum Römischen Bürgerrecht gelangen will [4]), einen bestimmten Theil seines Vermögens dazu verwendet haben muß.

Comm. I. §. 33.

Aedificio **** non minus quam partem **** ******** patrimonii *sui* impenderit jus Quiritium *consequa*tur.

7) Die von Ulpian nur unbestimmt angegebene Form der causae probatio eines *Latinus*, daß Zeugniß dabei vorhanden seyn müsse [5]), wird von Gajus näher dahin bestimmt, daß die Zeugen aus 7 Römischen Bürgern bestehen sollen [6]) Diese Zahl hat nichts eigenthümliches, sondern ist vielmehr die gewöhnliche. So bei der coemptio, familiae venditio, bei dem prätorischen Testament, wie schon Hollweg [7]) richtig gezeigt hat. Diese causae probatio unterscheidet sich von allen anderen nicht allein dadurch, daß hier der Praetor oder Praeses Provinciae, nicht ein Consilium die competente Behörde ist [8]), sondern auch dadurch, daß während jeder anderen causae probatio eine juristische Untersu-

4) Ulp. III. §. 1.

5) Ulp. III. §. 3. „testatione interposita, quod liberorum quaerend. causa."

6) Comm. 1. §. 29. idque testati fuerint, adhibitis non minus, quam septem testibus civibus Romanis puberibus.

7) de causae prob. p. 110.

8) Comm. l. l. „adire Praetorem vel in Provinciis Praesidem Provinciae."

chung zum Grunde liegt, hier nur von einer factischen die Rede seyn kann [9]).

8) Eine vollkommen neue Notiz erhalten wir durch Gajus darin, daß er uns erzählt, durch ein Senatusconsult unter Hadrian sey auch ein Punkt der lex Aelia Sentia für Peregrinen verbindlich gemacht worden, der nämlich, daß auch Peregrinen in fraudem Creditorum nicht manumittiren sollten. Alle anderen Verordnungen der lex Aelia Sentia, setzt Gajus hinzu, hätten für Peregrinen nicht gegolten [1]). Im Grunde verstand sich dieses letztere von selbst. Daß Peregrinen ihre Sklaven zu Römischen Bürgern hätten machen können, war, wie schon oben auseinander gesetzt worden, so rein unmöglich, daß vielmehr die Beschränkungen der lex Aelia Sentia hier schon durch die Natur der Sache eintraten. Die manumissio in fraudem Creditorum bezog sich aber durchaus auf nichts staatsrechtliches, und konnte daher auch für Peregrinen nicht statt finden [2]).

9) Wenn es endlich aus früheren Quellen bekannt war, daß Sklaven im Testament nur nament-

9) Comm. l. l. „et si is apud quem causa probata est id ita esse pronunciaverit."

1) Comm. I. §. 47. „In summa sciendum est, (*quod*) lege Aelia Sentia cautum est ut *qui* creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad Peregrinos pertinere: senatus enim ita censuit ex auctoritate Hadriani: cetera vero jura ejus legis ad peregrinos non pertinere.

2) Fragm. vet. Jurec. §. 14. „Peregrinus manumittens servum non potest Latinum facere." S. oben S. 28.

lich [3]), und nicht in fraudem legis Furiae Caniniae durcheinander (confuse) zu manumittiren seyen [4]), so erfahren wir von Gajus, daß dieses nicht durch die lex selbst, sondern durch spätere Senatusconsulte verboten sey, welche alles rescindirten, was in fraudem legis geschehen.

Comm. I. §. 47.

Sunt enim specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt.

So viel über die einzelnen Notizen, mit denen wir durch Gajus in dieser Materie bereichert werden. Wie aber schon oben gesagt worden ist, bietet uns derselbe ebenfalls Stoff zu einer äußerst schwierigen Untersuchung dar, und dieses ist es, was uns jetzt beschäftigen muß. Zwar ist diese Untersuchung schon früher mit Erfolg von Bethmann-Hollweg [5]) geführt worden, und was die Hauptresultate derselben anbetrifft, so müssen wir uns ebenfalls nach genauerer Prüfung zu ihnen bekennen; deswegen wird aber, wie wir hoffen, das Wiederanregen derselben nicht unnütz erscheinen, sowohl der Vollständigkeit des Ganzen wegen, als weil wir oft

3) Pauli Sent. rec. lib. IV. Tit. I. §. 1. Nominatim servi testamento manumitti secundum legem Fusiam possunt.

4) Epitome I. 2. §. 2.

5) de caus. prob. p. 75—112.

im Einzelnen, rücksichtlich der Beweise so wie der Ergebnisse abweichender Meinung sind.

Es ist oben [6]) gesagt worden, daß Ulpian der lex Junia die Anordnung zuschreibt: ein Latine könne durch sein einjähriges Kind zum Römischen Bürgerrecht gelangen. Die an sich gar nicht verdächtige Lesart der Stelle Ulpians wurde jedoch schon von einem älteren Juristen angefochten. Peter Pithoeus [7]) meinte, etwas dergleichen ließe sich besser durch die lex Julia et P. P. eingeführt denken, und schlug vor, statt lex Junia, Julia zu lesen. Die positiven Beweise, daß Paulus ad legem Juliam et Pap. Pop. von einem anniculus spricht [8]), sind mindestens schwach, eine andere Stelle in der leg. Mosaic. et Rom. Collatio XVI. §. 3., wo von liberis secundum legem Juliam Papiamve quaesitis die Rede ist, kann eben so wenig etwas darthun [9]). Noch schlechter aber ist wohl die Conjectur von Noordkerk [1]), die lex Junia, deren Ulpian hier Erwähnung thut, sey eine andere, als die lex Junia Norbana.

Wie es schon vor dem Erscheinen des Gajus bestritten war, welchem Gesetze die Weise durch sein Kind zur Civität zu gelangen, zuzuschreiben wäre, eben so waren auch längst die Meinungen über das

6) S. 42. Ulp. III. §. 3.

7) Schult. jur. Antej. p. 798. N. 48.

8) l. 132. l. 134. de Verb. sign. (50. 16.)

9) de caus. prob. p. 32.

1) De lege Petronia p. 92.

Alter der lex Junia getheilt. Die Meisten setzten sie in das Jahr 772 a. U. c. (Junio Silano et Junio Norbano. Coss.) Manche jedoch wichen davon ab. So Cujacius [2]), der sie von Augustus ertheilen läßt, und Noordkerk [3]), der sie noch in die Zeit der freien Republik in das Jahr 671 (Junio Norbano et L. Cornelio Scipione Coss.) zu bringen sucht. Sehr richtig haben Hollweg [4]) und Hugo [5]) dagegen bemerkt, daß ein Gesetz nicht zwei Namen von demselben Manne zu entlehnen pflege: weniger mag das ein Argument dafür seyn, daß sie oft schlechtweg nur lex Junia genannt wird, da sie Theophilus [6]) und Justinian [7]) lex Junia Norbana nennen [8]).

Diese Fragen nun, so wenig sie, ehe wir Gajus hatten, nach der Natur der bisherigen Quellen einen ernsteren Zweifel rege machen konnten, so sehr scheinen sie nach dem Erscheinen dieses Classikers der größten Beachtung werth zu seyn. Sowohl die Frage könnte jetzt in Wahrheit nicht ohne starken Grund aufgeworfen werden: gehört die lex Junia nicht, wie die gemeine Meinung behauptet, den Zeiten Tiberius an? ist sie vielleicht älter wie Augustus und wie die unter ihm gegebene lex Aelia Sentia? als auch die andere: hat die lex Ju-

2) Paratitla ad tit. Cod. de lat. lib. toll.
3) l. l. p. 91.
4) de causae prob. p. 79.
5) Rechtsgeschichte S. 546.
6) Theoph. I. 5. §. 4.
7) §. ult. J. de lib. (1. 5.)
8) Hollweg l. l. p. 80.

nia wirklich, wie Ulpian versichert, den Weg zur Civität durchs einjährige Kind eingeführt oder nicht?

Gajus nämlich erzählt uns in gar vielen Stellen, die Aelia Sentia sey dasjenige Gesetz, wodurch den Latinen der Weg zur Civität liberis zuerst gestattet worden sey [9]). Steht dieses aber fest, so würde, betrachtet man die Sache nur so obenhin, zweierlei zu folgen scheinen; einmal, daß die lex Aelia Sentia jünger sey, als die lex Junia, weil sie nothwendigerweise Latinen voraussetzt, die zur Civität gelangen; daß also die lex Junia nicht unter Tiber, auch vielleicht nicht einmal unter Augustus zu setzen sey, sondern vielmehr den Zeiten der Republik anzugehören scheine. Zweitens würde aber hervorgehen, daß die Zweifler allerdings Recht hatten, welche nicht annehmen zu dürfen glaubten, daß die lex Junia die Civitäts-Erwerbung liberis eingeführt habe.

Hier darf nun nicht verschwiegen bleiben, daß schon vor dem Bekanntwerden des Gajus, dieser

9) *Comm. I.* §. 29. Statim enim eadem lege Aelia Sentia cautum est ut minores triginta annorum manumissi, et Latini facti, si uxores duxerint vel cives Romanas, vel Latinas coloniarias vel ejusdem conditionis cujus et ipsi essent etc. Comm. I. §. 66. Quod si enim Latinus ex lege Aelia Sentia uxore ducta, etc. Comm. III. §. 73. „quo vel ex lege Aelia Sentia vel ex Senatusconsulto cives Romani essent," — „si eo jure postea usi essent quo ex lege Aelia Sentia vel ex Senatusconsulto, — — — ac si lege Aelia Sentia vel Senatusconsulto ad civitatem pervenissent.

letztere Punkt und zwar aus demselben Grunde, der ihn jetzt wieder zum Gegenstand der Untersuchung macht, aus einer Stelle Ulpians zur Sprache gebracht werden konnte, und zum Theil auch gebracht worden ist [1]). Peter Pithoeus glaubte dadurch genügende Aushülfe zu geben, daß er die Worte Ulpians also versetzte: „aut etiam si Latino nupta fuerit, ex lege Aelia Sentia causa probata." Diese Conjectur ist von Cujacius [2]) und Schulting [3]) gelobt und für sinnig befunden worden. Da sie aber durchaus keinen Sinn hat, wenn die causae probatio in dieser Stelle auf die des Latinen bezogen wird, indem nun mit der Conjectur ungefähr dasselbe gesagt wäre, wie ohne dieselbe, so mußte ohne irgend einen Grund angenommen werden, mit der causae probatio in dieser Stelle sey nichts anderes, als die erroris causae probatio gemeint, woraus denn nun weiter die irrige Annahme folgte, die lex Aelia Sentia sey die Quelle der erroris causae probatio gewesen [4]).

1) Ulpian VII. 4. sive civis Romana per errorem peregrino, vel ei, qui deditiorum numero est aut etiam si Latino ex lege Aelia Sentia nupta fuerit.

2) Obs. lib. XV. cap. 13. „et valde probo ac laudo trajecta quae erant verba apud Ulpianum tit. 7. ita reponentem Petrum Pithoeum."

3) Jurisprud. vet. Antej. p. 588. „Vidit rectissime V. C. Petrus Pithoeus."

4) *Cujacii* Obs. l. l. „et hoc quidem juris ita fuit ex lege Aelia Sentia." Das Mißverständniß rührt daher, daß in der coll. leg. Mos. et Rom. XVI. 2. von einer causae probatio ex lege Aelia Sentia vel Senatusconsulto die Rede ist,

Aus Gajus geht nun, da wir bei ihm den Satz Ulpians gerade so und zwar mehrfach wiederfinden, entscheidend genug hervor, daß die Conjectur des Pithoeus nicht richtig war. Jetzt aber werden die Fragen, die oben aufgeworfen sind, bedeutender als je, und so soll denn hier zu ihrer Auflösung geschritten werden.

Gajus nennt uns die lex Aelia Sentia als diejenige, welche die causae probatio eines Latinen, um zum Römischen Bürgerrecht zu gelangen, eingeführt habe, und widerspricht in so fern dem Ulpian, der dasselbe der lex Junia zuschreibt. Da, wie schon oben gezeigt worden, Gajus seine Behauptung öfters wiederholt, so ist wohl die Bemerkung Hollwegs [5]) vollkommen richtig, daß es verwegen wäre, hier einen Fehler des Abschreibers anzunehmen, eine der abgenutztesten und allgemeinsten Aushülfen, die die Literärgeschichte des Römischen Rechts kennt. Auch sagt die Stelle Ulpians VII. §. 4. schon fast dasselbe. Wenn dem aber so ist, so würde man dem ersten Anschein nach zu behaupten gezwungen seyn, die Stelle Ulpians III. 3., wo von der lex Junia die Rede ist, enthalte einen Schreibefehler, hieraus aber, wie schon gesagt, den Schluß ziehen müssen, die lex Junia Norbana sey ungleich älter, als die Aelia Sentia, weil diese ja alsdann Latinen vor-

und beides auf die erroris causae probatio bezogen worden.

5) de caus. prob. p. 75 et 76.

ausſetze, die Latinität der Freigelaſſenen aber erſt durch die lex Junia eingeführt worden. Aber trotz dieſes in die Augen ſpringenden Grundes erheben ſich von allen Seiten mächtige Bedenklichkeiten, die eine ſolche Annahme durchaus nicht aufkommen laſſen wollen. Vor allen Dingen das, was uns Ulpian über dieſen Theil der lex Aelia Sentia ſagt.

Fragm. I. §. 12.

Eadem lege cautum est ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit: ideo sine consilio manumissum (*Caesaris*) servum manere putat. Testamento vero manumissum perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit.

Verwerfen wir mit faſt allen Juriſten die Lesart Caesaris, als eine ganz unverſtändliche, ſo iſt der einfache Sinn der Stelle der: „die lex Aelia Sentia befiehlt, daß ein ohne vorhergegangene Unterſuchung vindicta freigelaſſener Sklave unter 30 Jahren nicht Römiſcher Bürger ſeyn ſolle (Eadem fuerit).“ Aus dieſen Worten des Geſetzes kann gefolgert werden, daß er alsdann Sklave bleibe (*ideo — putat*). Der durch Teſtament Freigelaſſene ſoll aber nach ausdrücklichen Worten des Geſetzes (*jubet*)

bet) auch im Fall einer Untersuchung [6]), nicht Römischer Bürger seyn, sondern immer so behandelt werden, als gehöre er zu denen, die sich domini voluntate in Freiheit befinden.

Hieraus scheint aber unumstößlich hervorzugehen, daß die Aelia Sentia keinesweges jünger seyn könne als die Junia Norbana; nicht etwa aus dem wenig bedeutenden Grund, den Hollweg [7]) anführt, es hätte alsdann die lex Aelia Sentia nicht von einem in libertate esse gesprochen, denn dieses, als in seinen Wirkungen fast mit der Latinität identisch, konnte als der ältere Kunstausdruck noch von Ulpian gebraucht werden: sondern weil, wenn die lex Aelia Sentia als das spätere Gesetz den vindicta sine consilio freigelassenen noch völlig in der Sklaverei verbleiben läßt, kein anderes auffindbar wäre, das denselben vindicta manumissum zum Latinen erhöbe, wenn es nicht die lex Junia ist. Nach einer Stelle des Gajus sind aber alle minores triginta annorum manumissi Latinen.

Comm. I. §. 17.

Nam in cujus persona tria haec concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure Quiri-

6) Daß die testamentarische Freiheit auch mit vorhergegangener Untersuchung nicht dem minor triginta annorum die Civität gegeben hätte, sagt Gajus Comm. I. §. 18. „nam ea lex minores XXX. annis non *aliter* voluit manumissos cives Romanos fieri quam si *vindicta* apud consilium justa causa manumissionis approbata, liberati fuerint."

7) de caus. prob. p. 90.

tium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur id est vindicta, aut censu, aut (*testamento*), is civis Romanus fit, sin vero aliquid eorum deerit Latinus fit.

Hieraus folgt, daß auch der Sklave unter 30 Jahren, der vindicta freigelassen ist, Latine sey. Wodurch wäre dieses aber wohl bestimmt worden, wenn die lex Aelia Sentia das spätere der über diesen Punkt erlassenen Gesetze ist?

Sehr richtig hat übrigens Hollweg [8]) schon angedeutet, daß auch die Stellung der letzten Worte Ulpians gegen die Annahme spreche, daß die lex Junia das ältere Gesetz sey. Wenn Ulpian bemerkt, „ideoque Latinus fit," so kann er damit in diesem Zusammenhang durchaus nichts Anderes sagen wollen als jetzt: nachdem die lex Junia gegeben ist, nennt man den, welchen die Aelia Sentia noch in libertate seyn läßt, einen Latinen; das ideoque setzt immer einen Schluß voraus, den man aus dem Vorliegenden zieht, also etwas, was nicht in demselben ausgesprochen vorhanden war.

Aber nächst diesen Gründen, die, wie ich glaube, scharf genug sind, giebt es noch manche andere, sowohl äußere als innere, gegen die in Frage stehende Annahme. Die äußeren bestehen darin, daß sowohl Ulpian [9]) als Gajus [1]) an dem Orte, wo sie davon reden, daß ein minor triginta annorum

8) de causae prob. p. 86.
9) I. §. 12.
1) I. §. 18.

nur unter gewissen Bedingungen zur Civität gelangen könne, dessen was doch durchaus in Verbindung damit gestanden hätte, der vermeintlichen Latinität aus diesem Gesetze gar keine Erwähnung thun. Sehr gut ist dies schon von Hollweg [2]) bemerkt worden. Ferner scheint es mir aber kein unbedeutender äußerer Grund zu seyn, daß wo Gajus von der unvollständigeren latinischen Freiheit handelt [3]), er zuerst über die spricht, die das Alter erzeugt, zuletzt aber die berührt, welche eine unfeierliche Manumission bewirkt. Kann man wohl annehmen, daß er so unchronologisch wie möglich verfahren sey, und gerade diejenige Art von Latinität oben angestellt habe, die der Zeit nach die letzte gewesen seyn soll? [4])

Der inneren Gründe aber giebt es sehr viele. Wäre die Aelia Sentia später als die Junia Norbana erlassen, so würde es fast unmöglich gewesen seyn, daß die Latinen aus der lex Aelia Sentia dennoch Latini Juniani hätten genannt werden können; wir hätten alsdann vielmehr zweierlei Latinen,

2) de caus. prob. p. 84—85.

3) In I. §. 17. spricht er in der Uebersicht zuerst von dem major triginta annorum, dann von dem ex jure Quiritium, und zuletzt vom legitime manumissus. So handelt er sie auch weitläuftiger ab; die ersten von §. 18—21, die letzten in §. 22—25. Das Blatt 6, wo er von denen spricht, die non ex jure Quiritium dominorum sind, und wo zum Theil noch von den Latinis Junianis gesprochen wurde, ist unglücklicherweise verloren gegangen.

4) Auch Theophilus I. 5. §. 4. hat diese Ordnung.

Juniani und Aeliani gehabt; davon findet sich aber durchaus keine Spur. Ferner wäre wohl bei der vollkommenen Gleichheit, die die lex Aelia Sentia in den Grundsätzen der Freilassung eines minderjährigen Herrn und Sklaven sonst beobachtet, hätte sie den Begriff der Latinität gekannt, auch der von einem unter zwanzig Jahren freigelassene, Latine geworden. Dies ist aber nicht der Fall. Hiezu, wie zur Erwerbung Römischer Civität, ist eine causae probatio nothwendig [5]).

Einen anderen bedeutenden inneren Grund aber möchte ich gegen die Annahme, daß die lex Junia der Aelia Sentia vorangegangen sey, darin finden, daß in der letzteren, wie schon oben S. 51. gesagt wurde, über die testamenti-factio der Dedititien nichts bestimmt worden ist [6]). Dürfte es wohl denkbar seyn, daß, wäre die lex Junia älter, welche Freigelassene eines ungleich besseren Standes jedes Verfügungsrechtes auf den Todesfall beraubt, die Aelia Sentia diesen Wink nicht benutzend über Dedititien rücksichtlich dieses Punktes nichts bestimmt hätte, und daß es erst Sache der Juristen seyn mußte, in die Praxis etwas dem ähnliches einzuführen? Selbst aber dieser Auslegung nach, sind die Dediti-

5) Comm. I. §. 41. „Et quamvis Latinum facere velit minor XX. annorum dominus tamen nihilominus debet apud consilium causam probare, et ita postea inter amicos manumittere." Ganz damit übereinstimmend ist Fragm. vet. jurec. §. 15.

6) Comm. I. 75.

tien, was das Vermögensrecht nach dem Tode betrifft, niemals schlechter bedacht, als die Latinen, meistens so gut als Freigelassene, die Römische Bürger wurden [7]), und zwar je nachdem sie sine vitio manumittirt cives oder Latinen geworden wären [8]).

7) Wenn ein dedititius, der sine vitio manumittirt, Römischer Bürger geworden wäre, stirbt, so beerben ihn seine Kinder ab intestato, und schließen den Patron aus: das Vermögen des Latinen fällt jure peculii an den Patron zurück.

8) Comm. I. §. 74. Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dedititiorum numero facit, bona modo, quasi *civium Romanorum* liber*t*orum modo, quasi Latinorum ad patronos pertinent §. 75. Nam eorum bona, qui si in aliquo vitio non essent, manumissi cives Romani futuri essent, quasi civium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur, non tamen hi habent etiam testamenti factionem; nam id plerisque placuit, nec immerito: **nam** incredibile videbatur pessim*ae* condicionis hominibus voluisse legis latorem testamenti faciundi jus concedere, §. 76. Eorum verum bona, qui si non in aliquo vitio essent, manumissi futuri Latini essent proinde tribuuntur patronis ac si Latini decessissent, nec me praeterit, non satis in ea lege legis latorem voluntatem suam verbis expressisse. Wie *Hollweg* de caus. prob. p. 82. in dieser ganzen Stelle eine Bestätigung der Meinung finden will, daß die lex Junia das ältere Gesetz sey, ist mir völlig unbegreiflich. Nicht die lex Aelia Sentia, wie er a. a. O. zu meinen scheint, spricht nach Gajus von den Latinen, sondern es geht geradezu aus Gajus hervor, daß sie es nicht thut. Thäte sie es, so müßte es wohl statt „Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dedititiorum numero facit, bona modo quasi civium libertorum, modo quasi Latinorum ad patronos *pertinent*, in dem letzten Theile heißen: „*pertinere jussit.*" Dieses würde, sollte es den untergeschobenen Sinn haben, mit „*numero facit*" überein-

Würde nicht wenigstens die Aelia Sentia, die Dedititien immer den Latinen gleichgestellt haben? Würde sie jemals Leuten, die gesetzlich niemals Römische Bürger werden konnten, auf den Todesfall das Recht der libertinorum civium Romanorum stillschweigend ertheilt haben, während das Vermögen der ungleich bevorzugteren Latinen jure peculii an den Herrn, aus einem früheren Gesetze zurückfiel, hätte die Aelia Sentia überhaupt das Institut der Latinität gekannt? Würden endlich noch die das Gesetz Aelia Sentia seinem Geiste nach ausdehnenden Juristen, jemals den schlechtesten Peregrinen mehr Rechte als den Latinen zugestanden haben, wenn sie nicht bedacht hätten, daß es ein unverzeihlicher Anachronismus wäre, einem Gesetz etwas anzudichten, woran es seiner Zeit nach nicht denken konnte.

Wer endlich alle die eben aufgeführten Gründe für viel zu subtil hält, als daß darauf gebührende Rücksicht zu nehmen wäre, der mag das Argument, das vielleicht am allerentscheidendsten ist, zuletzt hören. Es ist eine Stelle des schon oft angeführten Fragments beim Dositheus.

stimmen. Daß dort nicht also gesprochen wird, beweist, daß Gajus einen Unterschied zwischen dem, was das Gesetz und was die Praxis anordnete, machen wollte. Wenn man übrigens am Ende des §. 76., der von den Latinen spricht, in den Worten: „nec me praeterit, non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse," das *non satis* nicht zu sehr betonen will, so geht das Obengesagte daraus noch klarer hervor.

Fragm. v. Jurec. §. 10.
(Jus civ. antej. I. p. 256.)

Similiter ut possit habere servus libertatem, talis esse debet, ut Praetor ejus vel Proconsul [9]) libertatem tueatur *et hoc lege Junia cautum est.* Sunt enim plures causae in quibus Proconsul libertatem non tuebitur de quibus procedentes ostendemus.

Hier wird gesagt, die lex Junia habe nur diejenigen für frei erklärt, die der Praetor und Praeses Provinciae in der Freiheit schützen würde. Mehrere Ursachen gebe es aber, wird hinzugefügt, wo dies nicht geschehe. Da es nun keine andere, die Freiheit beschränkende, leges giebt, als die fast gleichzeitigen Aelia Sentia und Fusia Caninia, so muß sich die Anordnung der lex Junia durchaus auf diese Gesetze beziehen, also z. B. auf den von einem Minderjährigen manumittirten, auf einen dedititius, der in Rom befunden worden, oder auf den über die bestimmte Anzahl im Testament freigelassenen. Bezieht sich aber die lex Junia nothwendigerweise auf die Aelia Sentia, so scheint es sonnenklar zu seyn, daß die letztere älter seyn müsse. So ist denn, wie ich glaube, auf eine fast unwiderlegliche Weise dargethan, daß die frühere gemeine Annahme, welche die lex Aelia Sentia als das ältere Gesetz erklärte,

9) Bei Schulting fehlt alles von hier an.

bei weitem die richtigere sey. Wie dies aber nun mit der Nachricht aus Gajus in Uebereinstimmung zu bringen ist, die den Weg zur Civität liberis, der Aelia Sentia vindicirt, die doch keine Latinen gekannt hat, wie dies endlich mit Ulpian zu verbinden sey, der eine gleiche Bestimmung der lex Junia zuschreibt: davon muß nun hier gesprochen werden.

Hollweg [1]) hat den einfachen Ausweg ergriffen anzunehmen, die Aelia Sentia habe lediglich von Sklaven, qui in libertate morabantur gesprochen, diesen liberis den Weg zur Civität geöffnet: durch die lex Junia seyen aber diese Sklaven Latinen geworden, und nun habe dieselbe, was sie eigentlich nicht zu bestätigen gebraucht hätte, nämlich die Vorschriften der Aelia Sentia, confirmirt. So sey endlich also auch Ulpian gerechtfertigt, der der lex Junia zuschreibe, was im Grunde beiden Gesetzen gemeinsam gehöre [2]). Daß die Aelia Sentia nur von Sklaven qui in libertate morabantur nicht von Latinen gesprochen, daß sie diesen Sklaven den Weg zur Civität liberis eröffnet, darin stimme ich mit Hollweg vollkommen überein; nicht weniger darin, daß die lex Junia ebenfalls dieselbe Erwerbungsart des Bürgerrechts berührt, und daß so Ulpian mit Gajus zu verbinden sey; daß aber die lex Junia geradezu dasselbe, was schon die Aelia Sentia früher bestimmt hatte, nackt wiederholt haben soll, und

1) de caus. prob. p. 94. 2) de caus. prob. p. 94.

ohne weitere Veranlassung, als weil Zeit und Raum dazu übrig war, das kann ich nimmermehr glauben. Es sey mir erlaubt, zu versuchen, durch eine wiederholte Darstellung des Verhältnisses beider Gesetze einen einfachen Standpunkt für diese ganze Lehre aufzufinden; darum bin ich jedoch weit entfernt zu glauben, daß sich das Ergebniß vorerst aus dem Reich der Hypothese zur Evidenz wird erheben lassen.

Die lex Aelia Sentia hatte zuerst eine Beschränkung rücksichtlich des Alters des Freizulassenden eingeführt [3]). Kein Sklave unter 30 Jahren sollte von nun an frei werden [4]). Doch wurde in demselben Gesetz zugleich ein Ausweg gegen die Beschränkung selbst ertheilt. Wer *vindicta* nach vorangegangener Untersuchung manumittirt war, sollte nach wie vor Römischer Bürger seyn [5]). Dies aber allein wäre nicht bloß eine Ungerechtigkeit, sondern auch die unverzeihlichste Inconsequenz, in Rücksicht auf die durch Testament freigelassenen Sklaven unter 30 Jahren gewesen. Sie denen durch den Buchstaben des Gesetzes Aelia Sentia die prätorische Hülfe des factischen Freiseyns zu Theil ward, während die vindicta sine consilio manumitterten Dienste verrichten mußten [6]), konnten auf der anderen Seite nicht so wenig begünstigt seyn, daß, während die vindicta manumittirten einen Ausweg zur Freiheit,

3) S. oben S. 32.
4) S. oben S. 32.
5) S. oben S. 33.
6) S. oben S. 34.

die causae probatio hatten, ihnen niemals dergleichen Hoffnung übrig blieb. Es scheint mir daher höchst wahrscheinlich, daß die Aelia Sentia in der Absicht diesem Uebelstande entgegenzukommen, auch hier ein analoges Mittel, zur Freiheit zu gelangen, habe geben wollen. Durften die vindicta manumittirten sich einer causae probatio apud consilium bedienen, so führte man für die Freigelassenen durch Testament eine andere causae probatio per Praetorem, vel Praesidem Provinciae ein. Bezog sich jene causae probatio auf speziell ausgesprochene Gründe, die die Person des Freilassers berückfichtigten, so müßte dies freilich beim testamentarisch freigelassenen wegfallen, denn hier war der manumissor nicht mehr, aber es konnten andere Gründe festgestellt werden, die mehr den Sklaven im Auge hatten. So hier. An die Thatsache des Begattens und Kinderzeugens wird das Geschenk der Freiheit geknüpft, und eine causae probatio hat nur darüber zu entscheiden, ob diese Thatsache wirklich vorhanden sey.

Wie nun Hollweg in dem Umstand, daß die lex Aelia Sentia an das Heirathen einen Weg zur Freiheit knüpfe, sogar gewichtige Gründe für die entgegengesetzte Meinung finden könne, wie er sich endlich damit helfen zu dürfen glaubt, das contubernium sey in diesem Fall ein matrimonium juris gentium gewesen [7]), vermag ich nicht einzusehn.

7) de causae prob. p. 91. et sqq.

Den Anhängern solcher Meinung, oder denen, die darin eine bedeutende Unterstützung der Ansicht finden, daß die lex Junia älter sey, als die Aelia Sentia, möchte ich die einfache Frage vorlegen: hat Ulpian [8]) oder Gajus [9]) an der Stelle, wo sie von der Civität durch das einjährige Kind sprechen, irgend behauptet, daß nuptiae, geschweige justae vorhanden seyn müssen? Sie sprechen lediglich von einer uxor, die der Sklave haben müsse [1]). Daß aber von einem Sklaven die Worte uxorem ducere gebraucht werden, kann nicht befremden, wenn man nur weiß, daß uxor allerdings auch die ancilla heißt, mit der sich der Sklave in ein contubernium begab. Zum Beleg mag folgende Codexstelle dienen.

l. 8. C. de serv. fugit. et lib.

Impp. Valent. Theod. et Arcad. AAA. Albino Praefecto urbi Romae.

Si qui publicorum servorum fabricis, seu aliis operibus publicis deputati, tanquam propriae conditionis immemores domibus se alienis et privatarum ancillarum consortiis adjunxerint, tam ipsi, quam *uxores* eorum, et liberi, confestim conditioni pristinae, laborique restituantur.

Wenn nun auch ducere größtentheils nur von den Heirathen Freier gesagt wird, so läßt sich nicht

8) Fragm. III, §. 3.
9) Comm. I. §. 29.
1) Daß es Comm. I. §. 68. heißt: „Idem juris est si peregrino tanquam Latino ex lege Aelia Sentia *nupta sit*;"

absehen, warum es nicht auch bisweilen bei einer Sklavin angewandt werden könne, sobald es einmal feststeht, daß ihr das Prädikat einer uxor beigelegt werden dürfe. Uebrigens muß man noch bedenken, daß Gajus und Ulpian in einer Zeit schreiben, wo die früher Sklaven gewesen waren, Latinen geworden sind. Warum sollten sie nun nicht demgemäß Ausdrücke für den bestehenden Zustand wählen, die die ursprüngliche lex Aelia Sentia vielleicht niemals gehabt hat.

Hat aber die Aelia Sentia lediglich, wie ich glaube, von einem Contubernium gesprochen, so liegt in diesem Umstande eben durchaus nichts anstößiges. Daß ein Contubernium kein justum matrimonium ist, ist allerdings wahr, und auch hinreichend bekannt, allein wer berechtigt denn zu der Vorbehauptung, die Hollweg als eine lebendige Prämisse in sich zu tragen scheint, daß um zur Freiheit zu gelangen, ein matrimonium überhaupt nothwendig seyn? Ist ein Contubernium auch keine Ehe, so kann es dennoch so gut, wie jede andere beliebige Form, ein Weg seyn, der schnurstraks zur Civität führt. Dies ist dasselbe aber in dem Fall der Aelia Sentia,

ferner seu Latino e lege Aelia Sentia *nupta* sit, sagt nichts gegen das eben behauptete. Hier wird die Heirath mit dem, der schon nach der lex Junia Latinus geworden, nuptia genannt. Dies setzt nicht voraus, daß die Aelia Sentia sich so ausgedrückt habe. In c. 6. Cod. Theod. ad S. C. Claud. wird auch vom Connubium eines Sklaven, und einer Freien gesprochen.

die die Freiheit an den Fall knüpft, daß der Sklave sich begatten, und Kinder gezeugt habe.

Aber nun kommen wir zu der allerbedeutendsten Schwierigkeit, die in dieser Abhandlung überhaupt in Frage steht. Wie verhält sich die Aeußerung Ulpians, daß der Weg zur Civität liberis durch die lex Junia eingeführt worden, zu der höchst verschiedenartigen des Gajus, daß dies die Aelia Sentia gethan habe? Das Gesetz Junia Norbana erhob freilich die zu Latinen, welche nach dem Aelia Sentia nur factisch in libertate waren; dies setzt aber nicht voraus, daß die lex Junia das nackt und ohne Neuerung für Latinen noch einmal müsse wiederholt haben, was schon ohnehin für Sklaven galt, qui in libertate morabantur. Diese Conjectur Hollwegs [2]) ist zwar ungemein einfach, aber eben so ungemein unglaublich; auch könnte sie gleich als eine stehende für alle Streitfragen überhaupt passen, wo es sich darum handelt, ob ein, oder das andere Gesetz etwas eingeführt habe. Sollte man denn aber so ganz und gar verzweifeln müssen, eine Neuerung auffindig zu machen, die die lex Junia als Ergänzung der Bestimmung der Aelia Sentia liberis zur Civität zu gelangen, eingeführt haben könne? Ich glaube eben nicht.

Wie schon oben [3]) gesagt worden ist, hatte die Aelia Sentia nur die in factische Freiheit gesetzt,

2) de causae prob. p. 94. 3) S. oben S. 32.

die unter 30 Jahren testamento manumittirt waren. Für die vindicta freigelassenen gilt diese Bestimmung nicht. Nach einer Stelle des Gajus [4]) aber, die schon mitgetheilt ist, werden auch die unter 30 Jahren, so vindicta manumittirt worden, Latinen; da nun diese Aenderung durch kein anderes Gesetz als die lex Junia hat eingeführt werden können, so folgt der Nachsatz von selbst; die lex Junia hat ebenfalls für die vindicta sine consilio manumittirten, und nach ihr zu Latinen gewordenen Sklaven die Bestimmung der Aelia Sentia für im Testament Freigelassene eingeführt, und in so fern kann sie von Ulpian mit Recht als das Gesetz genannt werden, welches eine Bestimmung für Latinen, liberis zur Civität zu gelangen, enthalten habe. Aber nicht allein für diesen Fall, auch für den anderen, wo noch ein Unterschied zwischen der Freilassung vindicta und testamento in der Aelia Sentia enthalten war, scheint durch die lex Junia eine anderweitige Bestimmung getroffen worden zu seyn. Nach der Aelia Sentia konnte kein im Testament freigelassener durch das Mittel eines consilii zur Freiheit gelangen. Nur der vindicta manumittirte hatte dieses Recht. War nun durch die Junia Norbana, dem vindicta Frei-

4) Comm. I. §. 17. Nam in cujus persona tria haec concurrunt, ut major sit annorum triginta et ex jure Quiritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta, aut censu, aut (*testamento*) is civis Romanus fit, sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.

gelassenen, was ihm ursprünglich nicht zustand, die Wohlthat ertheilt worden, liberis die Civität zu erwerben, so konnte auch umgekehrt, der testamento manumittirte das Recht erlangen, causa apud consilium probata, trotz seiner Minderjährigkeit frei zu seyn. Daß aber dieses letztere zu Gajus Zeiten so war, geht ebenfalls aus der oben angeführten Stelle Comm. I. §. 17. hervor.

Die Summe des bis jetzt ausgeführten ist nun folgende: die lex Aelia Sentia hatte den freigelassenen Sklaven unter 30 Jahren für nicht frei erklärt. Aber der Zustand dieses Sklaven sollte verschieden seyn nach der verschiedenen Art der Manumission: der vindicta manumittirte mußte sklavische Dienste verrichten; der testamento Freigelassene war davon befreit. Dagegen konnte der erste nach vorhergegangener Untersuchung und Bestätigung zur Freiheit gelangen; dieser Ausweg selbst war bei der testamentarischen Manumission nicht möglich. Doch stand noch dem Freigelassenen durch Testament ein eigenthümlicher Weg zur Civität zu: durch Contubernium, und ein in demselben gezeugtes Kind wird der Sklave Römischer Bürger. So weit die Aelia Sentia. Die spätere Junia Norbana giebt jedem den Weg zur Civität liberis, also auch dem vindicta freigelassenen, erlaubt aber auch höchst wahrscheinlich das Umgekehrte, das nämlich, daß ein testamento manumitterter, wie der vindicta durch vorher gegangene Untersuchung frei werden könne.

Comm. I. §. 52 — 54.

Es ist in dieser Abhandlung zwar lediglich von Freigelassenen und Manumissionen gesprochen worden; anhangsweise mögen jedoch hier noch einige wenige Worte stehen, die sich mehr auf die Gewalt über Sklaven beziehen, weil sie sowohl der Ordnung des Gajus halber, als auch der inneren Ordnung dieser Schrift wegen, nirgends besser angebracht werden dürften.

Bis zum Kaiser Antoninus Pius war gesetzlich nichts über die Art und Weise, wie der Herr seinen Sklaven behandeln sollte, bestimmt worden: es standen dem Herrn gegen die Sklaven alle diejenigen Rechte zu, die er an jeder Sache hat, also auch das Recht sich durch Vernichtung der Sache zu entäußern, hier nichts anderes als das jus vitae ac necis [5]). Kaiser Antoninus Pius ändert dieses aus dem jus gentium herkommende ab. Es soll von nun an weder jemand seinen Sklaven ohne Grund tödten, noch irgend sonst über die Maaßen hart behandeln dürfen; im Uebertretungsfalle solle er genöthigt werden, den schlecht behandelten Sklaven zu verkaufen [6]). Dem ersten Anschein nach müßte

5) §. 1. J. de his, qui sui (I. 8.) „In potestate autem dominorum sunt servi (quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes gentes peraeque animadvertere possumus *dominis in servos vitae necisque potestatem esse* etc. l. 1. D. de his (l. 6.)

6) §. 2. J. l. l. l. 2. de hic, qui sui. (1. 6.)

müßte man glauben: eine im Kaiser erwachte menschliche Gesinnung habe diese Verordnung herbeigeführt; einige Worte des Edicts aber, und andere der Institutionen ließen schon der Vermuthung Raum: es sey das Rescript weit eher, durch besorgliche Rücksicht auf den Vortheil der Herren, als aus gütigem Wohlwollen gegen eine unterdrückte Menschenklasse hervorgegangen.

§. 2. J. eodem (1. 8).

„Expedit enim Reipublicae ne quis sua re male utatur."

„Sed *dominorum interest* ne auxilium contra „saevitiam vel famem vel intolerabilem injuriam „denegetur iis, qui juste deprecantur, „nam ex constitutione Divi Pii Antonini, qui „sine causa servum suum occiderit non minus puniri videtur, quam qui alienum occiderit [7])."

Bestätigt wird diese Vermuthung nunmehr durch dasjenige, was Gajus ausdrücklich hinzufügt.

Comm. I. §. 53.

Et utrumque recte fit; male enim nostro jure uti non debemus, qua ratione et*iam* prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

Deswegen also soll man mit Sklaven besser umgehen, weil man überhaupt nicht verschwenderisch

7) l. 1. 2. D. de his, qui sui (1. 6).

mit dem Seinigen schalten darf, und so ist dieses Edict des Kaisers Antoninus nichts als eine partielle Prodigalitätserklärung, die dem Verschwender aus Wuth wenigstens gern den Preis der sonst verlornen Sache sichern möchte. Aber trotz dieser Stelle des Gajus und der Institutionen- und Pandektenstellen, dürfte sich dennoch vielleicht dem sonst so gutmüthigen Kaiser ein anderer Bewegungsgrund unterlegen lassen. Es war höchst wahrscheinlich wohl nichts anderes, als eine sehr menschliche Gesinnung, Mitleid mit Sklaven, die sein Rescript veranlaßte; wollte er aber nicht inconsequent alle Grundsätze des Sklavenrechts zu gleicher Zeit verläugnen, so durfte er die eigentliche Absicht nicht aufdecken, denn alsobald hätte er dem Prinzipe Hohn gesprochen, das den Sklaven als Sache betrachtet: mit einer Sache aber kann man kein Mitleid haben. So mußte denn ein consequenterer Bewegungsgrund untergeschoben werden: den Herrn gleichsam als partiellen Verschwender anzusehn, und nun seine Verfügung über die eine Sache zu inhibiren. So ist aber, auf eine im Römischen Recht nicht allein dastehende Weise, materielles und formelles Recht höchst glücklich versöhnt. Diese menschlichere Grundlage der Verordnung mag selbst durch Worte des Edicts erwiesen werden können, wo von den Sklaven gesagt wird: „qui *juste deprecantur.*" „et si vel *durius* habitos, *quam aequum est.*"

Wenn übrigens schon aus Institutionen und

Pandekten längst bekannt war, daß die potestas über Sklaven aus dem jus gentium komme, so bedurfte es wohl keines positiven Satzes zur Beantwortung der Frage, in wessen potestas der Sklave sey, der einem ex nudo jure Quiritium angehört, aber in bonis des Anderen sich befindet. Da nämlich die potestas überhaupt juris gentii ist, so kann sie auch der nur haben, der das dominium juris gentium, das eigentlich materielle Eigenthumsrecht an dem Sklaven hat; denn auch bei Latinen und Peregrinen ist potestas, wie bei Römern denkbar. Deswegen, wie schon oben gesagt worden, kann jemand, der einen Sklaven ex nudo jure Quiritium hat, denselben nicht manumittiren [8]). Daß jemand, der ihn in bonis hat, denselben nicht manumittirend zum Römischen Bürger erheben darf, liegt nicht an einer etwa geringeren potestas, sondern weil keiner seinen Knecht zu dem machen darf, was er selbst nicht ist.

Zum Ueberfluß ist jetzt das, was sich schon längst nach aller Analogie von selbst verstand, durch eine Stelle des Gajus bestätigt.

Comm. I. 54.

Ceterum, cum aput cives Romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus

8) Fragm. vet. jurec. §. 11. „et ideo si *tantum ex jure Quiritium* sit manumittentis non erit Latinus."

esse intellegitur, ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit. Nam, qui nudum jus Quiritium in servo habet is potestatem habere non intellegitur.

Wenn übrigens Gajus zur Zeit der Antonine, von einem imperium populi Romani spricht[5], so erinnert das an eine République française unter Napoleon.

5) Comm. I. §. 53. „Sed hoc tempore neque civibus Romanis, nec ullis aliis ho- minibus, qui sub *imperio populi Romani sunt etc.*

Zweite Scholie.

Ueber väterliche Gewalt.

Gaji Comm. I. §. 48—108.

Wie die Sklaverei juris gentium ist, so wird die väterliche Gewalt als ein eigenthümliches Römisches Institut betrachtet [1]). Kein anderes Volk soll nach den Römern von einer solchen Gewalt etwas wissen. Nach Gajus hat Kaiser Hadrian in einem Edicte über diejenigen, die für sich und ihre Kinder von ihm Römisches Bürgerrecht forderten, diesen Grundsatz ausgesprochen.

Comm. I. §. 55.

idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant significavit.

Dennoch erinnert sich Gajus eines Volks, dem

1) §. 2. J. de patria pot. (1. 9.) Jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum. *Nulli enim alii sunt homines* qui talem in liberos habeant potestatem. l. 3. D. de his qui sui vel alieni.

das Institut der väterlichen Gewalt nicht fremd sey. Der Name desselben ist nicht lesbar.

Comm. I. 55.

nec me praeterit ******** gentem credere in potestate parentum liberos esse.

Deswegen hat auch Gajus statt des nulli enim alii sunt homines der Institutionen, *fere* nulli [2]).

Ist aber die väterliche Gewalt ein rein Römisches Institut, so müssen auch also die Entstehungsarten derselben seyn. Dieser Entstehungsarten giebt es im älteren Recht vorzüglich zwei: connubium und adoptio; von einer anderen der causae probatio kann erst zuletzt gesprochen werden.

I. Connubium, seit der lex Canuleja allen Römischen Bürgern unter einander gemein, ist die gesetzliche Ehe eines Römers und einer Römerin. Wie die Eingehungsform der Ehe gewesen sey, ob streng oder lax hat auf den Begriff des Connubii keinen Einfluß. Das Wesen eines jeden Connubii besteht darin, daß die Kinder dem Stande des Vaters folgen [3]); daraus geht aber nicht der andere Satz her-

2) Dirksen civ. Abhandl. S. 213. 214. macht es den Verfassern der Institutionen zum großen Vorwurf, unter andern diese Notiz, so wie ähnliche vergleichende nicht aufgenommen zu haben. Er meint, es stände nicht zu bezweifeln, daß auch noch in Justinians Zeit solche Vergleichung höchst praktisch gewesen wäre.

3) Ulpianus V, §. 8. „Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur."

Com. I. §. 56. „cum enim

vor, daß Connubium stets Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt sey. Denn ausnahmsweise kann auch Latinen und Peregrinen Connubium mit Römischen Bürgerinnen gewährt seyn [4]); dann folgen freilich die Kinder dem Vater, aber sie sind deswegen nicht in seiner Gewalt. Zwar setzt Connubium in der Regel, wie schon gesagt, eine Ehe zwischen Römern voraus, doch können sich davon Ausnahmen denken lassen; die väterliche Gewalt aber läßt sich sogar trotz des Connubii, bei Nicht-Römern nicht denken, und also auch ausnahmsweise nicht ertheilen.

Comm. I. §. 93.

Si peregrinus ****************************
non ali*ter* in potestate *ejus* fiunt, qu*am* si —
eos in potes*t*at*em* redegerit, quod ita demum is facit, si causa cognita aestimaverit hoc filiis expedire: diligentius atque exactius *vero* causam cognoscit de impuberibus, absentibusque et haec ita edicto divi Hadriani significantur.

Es könnte fälschlich aus dieser Stelle der Satz hergeleitet werden, als würde auch Peregrinen bisweilen causa cognita die väterliche Gewalt ertheilt. Wie aber schon der Herausgeber in der Note zu dieser Stelle richtig bemerkt hat, ist in dem Fehlen-

connubium id efficiat ut liberi patris conditionem sequantur."

4) Ulp. V. §. 3. cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum sit. Comm. I. §. 56.

den wahrscheinlich von solchen Peregrinen die Rede, die das Römische Bürgerrecht mit ihren Kindern erworben hatten, und nun noch überdies die Gewalt über diese letzteren zu haben wünschten [5]).

Die in einem Connubium, aber von Römischen Bürgern, gezeugten Kinder kommen in die Gewalt des Vaters [6]). Beide Erfordernisse müssen zusammen vorhanden seyn: eins genügt nicht. Das Kind des Römischen Bürgers in einem Connubium mit einer Latina oder Peregrina gezeugt, wird Römischer Bürger, wie sein Vater, denn so wirkt jedes Connubium, daß das Kind dem Vater folgt, es kommt aber hier noch außerdem in die väterliche Gewalt, weil der Vater ein civis Romanus ist [7]); doch müssen beide Erfordernisse, Connubium sowohl, als Römische Civität, zur Zeit der Conception vorhanden gewesen seyn; sonst kommt der Sohn ipso jure nicht unter die väterliche Gewalt.

Comm. I. §. 94.

Item si quis cum uxore praegnante civitate Romana donatus sit, quamvis is, qui nascitur ut supra diximus Romanus sit tamen in potestate patris non fit: idque subscriptione divi Ha-

5) Comm. III. 20. „Idem juris est si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati, nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint.

6) So ist Gajus Comm. I. 56. zu verstehen. „Evenit ut non solum cives Romani fiant set in potestate patris sint.

7) Comm. I. §. 76.

driani significatur, qua de causa, qui intellegit uxorem suam esse praegnantem dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit simul ab eodem petere debet, ut eum qui natus erit in potestate sua habeat.

Ist aber Connubium die Bedingung, daß der Sohn dem Stande des Vaters folgen könne, so wird er umgekehrt dem Stande der Mutter angehören, wenn die Ehe, aus der er geboren, kein Connubium war [8]); hier kann alsdann von väterlicher Gewalt natürlich nicht mehr die Rede seyn. Diese allgemeine Regel, welche dem jus gentium entlehnt ist, hört jedoch da auf, wo spezielle gesetzliche Vorschriften derogiren [9]); eine solche Vorschrift enthält aber die gewiß sehr alte lex Mensia von der uns Ulpian erzählt.

Fragm. I. §. 8.

non interveniente Connubio matris conditioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur: quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet.

Diese lex Mensia ist zwar nicht direct gegen

8) Ulp. I. §. 8. Comm. I. §. 81.

9) Comm. I. §. 83. „Animadvertere tamen debemus non esse (*observandam*) juris gentium regulam, *si* lex aliqua, vel quod legis vicem optinet, aliquo casu commutaverit *eam*. l. 24. D. de statu hom. (1. 5.) Hollweg de caus. prob. p. 10.

den Satz aus dem jus gentium gerichtet; da sie aber in dem Fall einer Ehe, die nicht Connubium ist, zwischen Personen, wovon wenigstens der eine Peregrine, ohne weitere Rücksicht, das Kind dem schlechteren Stande angehören läßt, so wird in diesem Falle die regula juris gentium dadurch unpraktisch. In wie fern Gajus ebenfalls in einer lückenhaften Stelle, von dieser lex Mensia zu sprechen scheint, wird weiter unten auseinander gesetzt werden.

Eben so wie durch die lex Mensia wird aber der obenstehende Satz aus dem jus gentium, durch das S. C. Claudianum umgestoßen.

Bisher wußte man von diesem Senatusconsult weiter nichts, als daß es die Römerin zur Sklavin werden ließ, die invito et denuntiante domino, sich in ein Contubernium mit einem Sklaven eingelassen hatte [1]). Daß es überhaupt ein allgemeines Gesetz über das Verhältniß einer freien Römerin zu einem Sklaven gewesen sey, war völlig unbekannt. So lernen wir es aber aus Gajus kennen, der es im Allgemeinen als eines von den Gesetzen nennt, welches dem Satz, daß das Kind der Mutter folge, derogirt habe: es soll nämlich nach diesem Gesetze ein Vertrag zwischen einer Freien und dem Herrn des Sklaven erlaubt seyn, mit dem die Freie sich in contubernio befindet, wonach sie

1) Ulp. XI. §. 11. l. 6. 7. C. Theod. ad S. C. Claudianum (4. 9). l. un. C. ad S. C. Claud. (7. 24.)

frei bleibt, aber ihre Kinder Sklaven werden [2]). Eben so sollen nach diesem Senatusconsulte, wenn ein Freier mit einer fremden Sklavin, die er für frei hielt, in contubernio lebt, die männlichen Kinder dem Vater folgen, die weiblichen aber Sklavinnen seyn.

Comm. I. §. 85.

Ex (*diverso ex*) ancilla et libero poterant liberi nasci: nam ex lege cavetur, ut si quis cum aliena ancilla, quam credebat liberam esse coierit siquidem masculi nascantur, liberi sint, si vero feminae ad *eum* pertineant cujus mater ancilla fuerit.

Hollweg [3]) hat angenommen, die lex von der hier die Rede ist, wäre vollkommen von dem S. C. Claudianum verschieden; Gründe für seine Ansicht zu geben hat er nicht für nöthig gehalten. Indessen scheint doch beim ersten Anblick vieles für diese Meinung zu sprechen; zuvörderst, daß nicht von einem Senatusconsult sondern von einer lex in diesem letz-

2) Comm. I. §. 84. *Veluti ex Senatusconsulto* Claudiano poterit civis Romana quae alieno servo volente domino ejus coisset, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit ex senatusconsulto ratum esse jubetur.

3) de caus. prob. p. 21. „de senatusconsulto Claudiano haec lex, quam antiquiorem esse puto, eo differt, quod nulla domini denunciatione aut pactione facta libera mulier servos pariat."

teren Theile gehandelt wird, welche Ausdrücke die Römischen Juristen selten promiscue gebrauchen; ferner aber der folgende Paragraph des Gajus.

Comm. I. §. 86.

Sed illa pars ejusdem legis salva est ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum essi servi, nascantur.

Hier könnte nun also raisonnirt werden: wird die Freie durch eine dreimalige Denuntiation des Herrn Sklavin, so folgen ihre Kinder ihr schon nach dem Satze des jus gentium. Das S. C. Claudianum hätte also nicht auch noch dieses zu bestimmen brauchen. Nun kann aber auch der obige Paragraph davon nicht gehandelt haben, da ausdrücklich von einer Freien die Rede ist, deren Kinder Sklaven werden. Würde aber auf der anderen Seite das nach dem S. C. Claudianum feststehen, daß wenn eine Freie wissentlich mit einem fremden Sklaven in contubernio lebt, die Kinder, die daraus entspringen, unfrei sind, so wäre die andere Bestimmung desselben Senatusconsults, die uns §. 84. mittheilt, unnöthig, daß hierzu erst ein Vertrag erforderlich sey: es würde vielmehr ohne Vertrag dasselbe, wie durch Vertrag entstehen.

Scheinen diese Gründe gleich äußerst einleuchtend zu seyn, so kann ich mich in Wahrheit dennoch nicht davon überzeugen, daß die lex, von der hier

Gajus spricht, etwas Anderes sey, als das Senatusconsultum Claudianum.

Trotz der leeren Stelle nämlich, die der Herausgeber gerade hier angiebt, und die wohl nicht immer auf eine Lücke hinweist, glaube ich steht der §. 85., wo von einer lex gesprochen wird, und der §. 84., wo vom Senatusconsult die Rede ist, in einem so genauen Parallelismus miteinander, daß sie wohl nicht von verschiedenen Gesetzen handeln dürften. Wie im §. 84. die Kinder einer Freien bisweilen Sklaven werden, so sind im §. 85. die Kinder einer Sklavin bisweilen Freie; auch beziehen sich die Worte: „sed *et in hac specie* divus Vespasianus inelegantia juris motus," wohl eher auf den andern Fall, den das Senatusconsult angiebt, als daß darin lediglich materielle Aehnlichkeit dieses Falles mit dem vorhergehenden angedeutet würde: endlich wird aber der oben aufgeworfene Einwand, wie deswegen das S. C. Claudianum mit der nachher erwähnten lex nicht identisch seyn könne, weil nach der lex dasjenige ohne pactum eintrete, wozu nach dem Senatusconsult ein pactum für nothwendig erklärt wird, leicht beseitigt, wenn man nur bedenken will, daß ja bisweilen, die im contubernio lebende Römerin, selbst nach geschehener Denuntiation nicht unfrei wird, wie zum Beispiel eine filia familias, oder die liberta, die mit einem Sklaven des Patrons in contubernio ist [4]). Für diesen Fall nun gilt die Regel, daß we-

4) Pauli Sent. rec. II. 24. §. 9. §. 11. „Liberta servi

nigstens die Kinder einer solchen Frau, die trotz der Denuntiation frei bleibt, Sklaven seyn sollen. Auch würde man sonst ja annehmen müssen, daß die unbekannte lex dem S. C. Claudianum derogirt habe, wovon doch Gajus sicherlich irgend etwas mitgetheilt hätte.

So weit von der Beschränkung der Regel des jus gentium, durch die lex Mensia und das Senatusconsultum Claudianum. Größtentheils ist diese Regel aber wiederum durch spätere Kaiserliche Edicte hergestellt worden. Was die theilweise Abänderung der Bestimmungen der lex Mensia betrifft, so bestehen alle unsere Quellen in einer lückenhaften Stelle des Gajus (§. 78—82), wo derselbe höchst wahrscheinlich von diesem Gesetze gesprochen, und wo aus einzelnen lesbaren Worten folgender Gedankengang sichtbar ist.

Habe ein Connubium zwischen einem Peregrinen und einer Römerin bestanden, so sey schon nach allgemeinen Regeln des Connubii das Kind aus dieser Ehe Peregrine geworden. Nicht so, wenn kein Connubium zwischen Römerin und Peregrinen statt hatte, alsdann wäre das Kind aus wieder eben so allgemeinen Regeln des jus gentium Römischer Bürger gewesen. Sollte nun dieses vermieden werden, so war ein Gesetz nothwendig, das auch in dem

patroni contubernium secuta etiam post denuntiationem in eo statu manebit, quia domum patroni videtur deserere noluisse."

Falle, wo kein Connubium zwischen Römerin und Peregrinen vorhanden, das Kind dem Vater folgen ließ, als sey die Ehe ein Connubium. Dies that die lex Mensia, die sich aber nicht allein auf die Ehe zwischen Peregrinen und Römerin beschränkte, sondern auch den andern Fall berücksichtigte, wenn die Mutter ebenfalls eine peregrina war (qua parte ** jubet ***** peregrina peregrinum ******** ********** nam etiam ***** lege). (§. 78.) Einen dritten Fall, fährt Gajus fort, konnte es nicht geben, denn Latinen in dem jetzigen Sinne des Worts waren zur Zeit der Abfassung der lex Mensia noch nicht, und die Latinen, welche man damals kannte, waren mit einbegriffen, wenn man von Peregrinen sprach (§. 79. sed etiam qui Latini nominantur: sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero).

Darum gehe jetzt aus der Ehe eines Latinen mit einer Römischen Bürgerin ein Römischer Bürger hervor, und hierüber erstrecke sich die lex Mensia durchaus nicht. Zwar hätten einige geglaubt, das Kind eines Latinen mit einer Römerin werde, wie der Vater, Latine, weil die Gesetze Aelia Sentia und Junia [5]) diesen Connubium ertheilt zu haben

5) Sehr gut hat Hollweg de causae prob. p. 96. 97. aus dieser Zusammenstellung noch ein Argument mehr für die oben vertheidigte Ansicht beigebracht, daß die lex Aelia Sentia älter sey, als die lex Junia; ferner aber, daß

scheinen, jedes Connubium aber mache, daß das Kind dem Vater folge. Der Meinung nun, daß Connubium hier statt finde, scheint Gajus nicht zu seyn. Schon nach dem jus gentium folge das Kind der Mutter; dies trete aber hier bei der Ehe zwischen einem Latinen und einer Römerin um so mehr ein, als nach einem Senatusconsult unter Hadrian, die Regel des jus gentium in diesem Falle wieder hergestellt sey, und nun aus der Ehe des Latinen mit einer Römerin gewiß ein Römischer Bürger entstehe. Eben so solle auch nach demselben Senatusconsult das Kind einer Latina und eines Peregrinen Latine seyn, wie schon sowohl nach jus gentium, als nach der lex Mensia, aus einer peregrina und einem Latinen ein Peregrine geboren wird[6]).

Da die lex Junia ebenfalls Bestimmungen, wegen der Art liberis zur Civität zu gelangen, enthalten haben müsse.

tus *** qua et connubium non sit ********** *** peregrinus ex eo coitu nascatur ********** ** necessaria lex ******* ********** ****** — — — — est * ********** **** accedit qua parte ** jubet lex ***** peregrina peregrinum ********** ********** nam) etiam ***** lege ********** ********** futurum erat adeo autem hoc ita est

6) Ich will die ganze lückenhafte Stelle, deren Inhalt hier anzugeben versucht worden ist, mittheilen:

§. 78. „Quod autem diximus inter civem Romanam peregrinum*que matrimonio contracto eum qui** nascitur peregrin*um* ******** ********** —— — eadem lege ********* ********** si par-

ut

Da also sowohl der Natur der Sache, als dem Hadrianischen Senatusconsult nach, die lex Mensia auf Latini coloniarii und Juniani keine Ausdehnung leidet, da sie ferner im Fall einer Ehe zwischen Peregrinen mit den Bestimmungen des jus gentium zusammenfällt: so bleibt die lex Mensia nur für den einen Fall praktisch, den uns Ulpian aufzählt, nämlich für den der Ehe einer Römerin mit einem Peregrinen, was schon sehr gut von Hollweg [7]) bemerkt worden ist.

Aber auch für den einen Fall, in welchem, seit dem Senatusconsult unter Hadrian, die Bestim-

ut ********** —— —— ********** ********** §. 79. sed etiam, qui Latini nominantur: sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero ********** §. 80. ex contrario ex Latino et cive R*o. *mana qui nascitur** civis Romanus nascitur; fuerunt tamen, qui putaverunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci * * * * videtur ********** per legem Aeliam Sentiam et Juniam connubi*um* inter eos dari, et semper connubium efficit, ut qui nascitur patris conditioni accedat ******* con-	tracto matrimonio eum qui nascitur ********** ***** condicion ******** ********** ex senatusconsulto quod auctore divo Hadriano ********** ***** ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur. §. 81. *His* convenienter *etiam illud* senatusconsulto divo Hadriano, *sacratissimo auctore*, significatur ut ex Latino *et* peregrina item contra ex peregrino *et Latina qui nascitur* matris condicionem sequatur.

S. die Note 13. des Herausgebers i. S. 30 Hollweg de caus. prob. p. 12.

7) de caus. prob. p. 12.

mungen der lex Mensia noch eintreten, in der Ehe nämlich zwischen einem Peregrinen und einer Römerin, wurde durch denselben Kaiser, wahrscheinlich in dem nämlichen Senatusconsult, dessen eben Erwähnung geschehen, eine Aenderung getroffen. War zwischen einem Peregrinen und einer Römerin Connubium, so folgte das Kind von selbst dem Vater; es war justus patris filius, ohne darum in der väterlichen Gewalt zu seyn. Bestand zwischen den Eltern kein Connubium, so folgte das Kind nach der lex Mensia ebenfalls dem Vater, aber diesem nicht in seiner Eigenschaft als Vater, sondern nur als deterior parens. Deswegen konnte es aber auch in diesem Falle nicht justus patrisfilius seyn, weil es nur etwas rein zufälliges war, daß es den Stand des Vaters einnahm. Hier tritt nun das Hadrianische Senatusconsult ein. Auch in dem Falle, wo das Kind nicht nach Recht des Connubii, sondern nur zufällig durch die lex Mensia dem Vater folgt, soll es dennoch als justus patris filius betrachtet werden. Durch diese Bestimmung hört aber die lex Mensia vollkommen auf praktisch zu seyn, indem sie in dem einzigen noch denkbaren Fall ihrer Gültigkeit mit dem Connubium identisch wird, und nun eben so gut gesagt werden könnte, es sey in diesem Falle Connubium vorhanden.

Comm. I. §. 77.

Filius est tamquam si ex peregrina eum procreasset hoc *tem*pore *e* senatusconsulto, quod au-

ctore divo Hadriano factum est, etsi non fuerit connubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur justus patris filius est [8]).

Nicht allein die Beschränkungen aber, welche der Satz des jus gentium, daß bei fehlendem Con-

8) Ich möchte der Art, wie der Herausgeber S. 30. Not. 4. und Hollweg de caus. prob. S. 13. den Anfang des §. 77. ergänzen, keineswegs beipflichten. Die Stelle soll nun so lauten: Itaque si civis Romana peregrino, *cui connubium sit concessum, nupserit, qui ex ea conjunctione nascitur, peregrinus et justus patris* filius *est tanquam* si ex peregrina eum procreasset. Wenn um Gottes Willen! schon das aus der Ehe zwischen Peregrinen von beiden Seiten von selbst folgt, daß das Kind justus patris filius ist, wie dies aus der hier vorgeschlagenen Ergänzung hervorgeht, so bedurfte es ja keines Hadrianischen Senatusconsults, um Gleiches in der Ehe zwischen Römerin und Peregrinen, die kein Connubium war, zu bestimmen. Die Ehe zwischen Römerin und Peregrinen kann doch wahrlich nicht von geringerer Wirkung gewesen seyn, als die, wo beide Theile Peregrinen waren. Dies aber müssen Hollweg und der Herausgeber annehmen, wenn sie ihrer Ergänzung nur einen Anschein von Möglichkeit geben wollen. Ich möchte diese Stelle lieber so restituiren: „Itaque, si civis Romana peregrino *cui connubium sit concessum nupserit non magis in potestate* patris filius *est quam* si ex peregrina eum procreasset." Diese Conjectur erhält durch den vorangehenden §. 76. Wahrscheinlichkeit; denn hier ist ohne Zweifel von dem Connubium zwischen einem Römer und einer peregrina die Rede; das Kind, welches aus einer solchen Ehe entspringt, sagt Gajus, wird nicht allein Römischer Bürger, sondern kommt auch in die väterliche Gewalt. Nun fährt er im §. 71. fort: Anders ist es beim Connubium zwischen Römerin und Peregrinen: hier folgt zwar das Kind

nubium das Kind der Mutter folge, durch die lex Mensia erlitt, sind durch das spätere Recht wieder aufgehoben worden, sondern auch größtentheils diejenigen, die aus dem Senatusconsultum Claudianum flossen. Daß ein Vertrag statt finden könne, wonach die mit einem Sklaven im Contubernium lebende Römerin frei bleibt, ihre Kinder aber Sklaven werden, hebt Hadrian, vielleicht in dem mehrerwähnten Senatusconsult auf.

Comm. I. §. 84.

Sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.

Schon früher hatte Vespasian den anderen Satz desselben Senatusconsults aufgehoben, daß die männlichen Kinder aus dem Contubernium eines Freien mit einer Sklavin frei seyn sollen.

Comm. I. §. 85.

Sed et in hac specie divus Vespasianus inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam

auch dem Vater, aber väterliche Gewalt ist eben so unmöglich, als wenn beide Eltern Peregrinen wären, wo bekanntlich gar kein Connubium möglich wäre. Mit anderen Worten will er weiter nichts sagen als, Connubium ist nicht immer die Ursache der väterlichen Gewalt. Interessant ist es übrigens, daß sich Hollweg a. a. O. zur Unterstützung seiner Ergänzung auf § 92. beruft, wo das, was beweisen soll, wiederum nicht lesbar ist.

ut omni modo, etiamsi masculi nascantur servi sint ejus cujus et mater fuerit.

So bleibt von allen Beschränkungen nur noch die übrig, daß die Freie, die wissentlich in contubernio mit einem Sklaven gelebt, wenn sie auch nicht Sklavin wird, dennoch Sklaven gebiert.

Comm. I. §. 86.

Sed illa pars ejusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse servi nascantur [9]).

Alles bis jetzt ausgeführte beruht also auf folgenden Hauptmomenten. Jede väterliche Gewalt durch Ehe erfordert Connubium und die Civität des Vaters: was die Zeit betrifft, beides im Augenblick der Conception. Im Falle einer Ehe ohne Connubium kann aber weder von väterlicher Gewalt, noch davon die Rede seyn, daß das Kind dem Vater folge. Im Gegentheil erhält es alsdann, nach allgemeinen Satzungen des jus gentium, den Stand der Mutter. Zwar erleidet diese Regel durch die lex

9) Der Theil des S. C. Claudiani, welcher schon früher bekannt war, mit der hier abgehandelten Lehre aber durchaus nicht in Verbindung steht, daß die Freie, die mit einem Sklaven invito et ter denuntiante domino im Contubernium gelebt hat, Sklavin bleibt (Comm. I. 91. 160), wird, obgleich noch von christlichen Kaisern, durch eigene Constitutionen bestätigt, (c. 1. 3. 4. 6. C. Theod. ad S. C. Claudian.) (4. 9.) endlich von Justinian aufgehoben. l. un. C. ad S. C. Claud. (7. 24.)

Mensia und das S. C. Claudianum Beschränkungen: durch Verordnungen indessen, unter spätern Kaisern, wird die regula juris gentium wiederum gegen den größten Theil dieser Beschränkungen in integrum restituirt.

Wie aber nach dem jus connubii die Conceptionszeit einzig und allein in Frage kommt, so bei der Satzung des jus gentium die Zeit der Geburt. Eigentlich versteht sich solches von selbst, indem es beim Connubium auf nichts als auf das Formelle der Ehe ankommt, also auf das, was zur Zeit der Conception ist, nach dem jus gentium aber, das keine Form kennt, erst das Daseyn die Bedingung eines Standes werden kann. Auch war dieser Satz schon aus älteren Quellen hinlänglich bekannt [1]). Hat sich indessen der status der Mutter in der Zeit zwischen Conception und Geburt geändert, so kann dem Kinde das durch die Conception wohlerworbene Recht nicht genommen werden. Dies setzt aber justae nuptiae zur Conceptionszeit voraus, denn sonst kann überall aus der Conception kein Recht entstehen. Wie dies sich von selbst verstehende, nach dem, was uns Gajus erzählt, noch streitig seyn konnte, ist fast auffallend.

1) Ulp. VI. §. 10. In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur conceptionis tempus spectatur; in his autem, qui non legitime concipiuntur editionis; veluti si ancilla conceperit deinde manumissa pariat liberum parit.

Comm. I. §. 90.

Itaque si cui mulieri **praegnanti** aqua et igni interdictum fuerit eoque modo peregrina **fiat e**t tunc pariat, complures distinguunt et putant, siquidem ex justis nuptiis conceperit civem Romanum ex ea nasci, si vero volgo conceperit, peregrinum ex ea nasci [2]).

Eine damit übereinstimmende, vom Herausgeber indessen nicht angeführte Parallelstelle der Pandekten, erwähnt bloß nicht, daß über diesen Satz die Meinungen getheilt seyen. Auch mag solches zu Ulpians Zeit nicht mehr gewesen seyn.

l. 18. D. de statu hominum (1. 5). Ulpianus lib. 27. ad Sabinum.

Sed si ei, quae ex justis nuptiis concepit aqua et igni interdictum est civem Romanum parit et in potestate patris.

Marcian theilt die Meinung nicht, daß es auf justae nuptiae ankomme, und so ist denn in das Justinianeische Recht, als eine inconsequente Be-

2) Eben so §. 91. Item si qua mulier civis Romana praegnans ex Senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno servo **invito** et denuntiante domino ejus (*coierit*) compl*ures di*-*stin*guunt et existimant siquidem ex justis nuptiis conceperit deinde civis Romana **facta sit* et *pari**at, civem Romanum parit, si vero vulgo conceperit, *servum* nasci ejus cujus mater facta est ancilla.

günstigung der Freiheit, der Satz aufgenommen worden, daß eine Sklavin nur von der Conception bis zur Geburt einen Augenblick frei gewesen zu seyn brauche, um einen Freien zu gebären.

l. 5. D. de statu hominam.

Marcianus lib. I. Institutionum

et e contrario si libera conceperit deinde ancilla pariat placuit eum, qui nascitur, liberum nasci. *Nec interest justis nuptiis concepit an vulgo*, quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est. §. 3. Ex hoc quaesitum est, si ancilla postea facta, aut expulsa civitate peperit, liberum an servum pariat? *et tamen rectius probatum est* [3]) liberum nasci; et sufficere ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse.

So viel von dem einen Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt, dem Connubium [4]). Nicht minder wichtig ist ein anderer, die Adoption.

3) Diese Worte deuten ebenfalls auf die von Gajus erwähnte Streitfrage hin.

4) Was die Ehehindernisse wegen Verwandschaft betrifft, so erfahren wir aus Gajus durchaus nichts Neues. Auch er enthält, als erste juristische Quelle, die Nachricht, daß Kaiser Claudius zuerst die Erlaubniß des Bruders Tochter heirathen zu dürfen aufgebracht habe. Comm. I. §. 62. „idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam uxorem duxisset." Genauer wußten wir dies übrigens schon aus Suetonius Claudius cap. 26., besonders aber aus Tacit. Ann. Lib. XII. cap. 5—7. „nullo exemplo deductae in

II. Adoptio, ein der Ehe künstlich nachgebildeter Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt [5]). Unsere Kenntniß davon ist im Allgemeinen durch Gajus durchaus nicht bereichert worden. Nur einzelne interessante Notizen verdanken wir ihm.

1) Das was uns die Pandekten [6]) als ganz entschieden feststehend mittheilen, und worüber Ulpian ein Stillschweigen beobachtet, der Satz nämlich, daß der Adoptirende eine volle Pubertät älter seyn müsse, als der Adoptirte, wird von Gajus als eine zu seinen Zeiten noch unentschiedene Frage aufgestellt, die er selbst nicht beantwortet.

Comm. I. §. 106.

Sed *et* illa quaestio, an minor natu majorem natu adoptare possit utriusque adoptionis communis est.

2) Aus Ulpian wußten wir, daß der Kaiser Antoninus den Satz des älteren Rechts, daß Pupillen nicht adrogirt werden durften, geändert habe [7]). Vollkommen neu aus Gajus ist uns indessen der Umstand, daß auch schon vor dem Kaiser Antoninus dies bisweilen erlaubt worden sey, daß dieser indessen das schwankende Recht in diesem Punkte festge-

„domum patrui fratris filiae."

„At enim nova nobis in fra-
„trum filias conjugia."

5) l. 16. D. de adopt. (1. 7.)

6) l. 40. D. eodem. (1. 7.) (Modestinus.)

7) Ulp. VIII. §. 5.

stellt, und Pupillen unter gewissen Bedingungen zu adrogiren erlaubt habe.

Comm. I. §. 102.

Item inpuberes aput populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est: nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit Pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permittitur.

Welches übrigens die Bedingungen seyen, deren hier kurz Erwähnung geschieht, ist keineswegs unbekannt. Sie sind weitläuftig in l. 15. et sqq. D. de adopt. (1. 7.) und §. 3. J. eodem tit. (1. 11.) verzeichnet. Dieselbe Verordnung des Kaisers Antoninus, von der hier die Rede ist, enthielt aber höchst wahrscheinlich auch die Bestimmung, wegen des Erbtheils des Adrogirten, die unter dem Namen, Quarta divi pii bekannt ist.

3) Außer diesen Notizen ergiebt die Vergleichung des Gajus mit den Pandekten und Institutionen noch manches Interessante. In der l. 2. D. de adopt. (1. 5.) die aus Gajus Institutionen entlehnt ist, so wie in dem Institutionentitel ist die adoptio populi auctoritate (Arrogation) in eine Adoptio principis auctoritate verwandelt worden[8]). Daß dieses vollkommen consequent sey, wird keiner läugnen wollen, denn wenn es zu Gajus Zeiten,

8) l. 2. pr. de adopt. (1. 7.) §. 1. J. de adopt. (1. 11.)

unter den Antoninen schon auffallen muß, von einer populi auctoritas zu lesen, um wie viel mehr zur Zeit der Byzantinischen Herrscher. Auch darf hier nicht übergangen werden, daß Ulpian zwar noch von einer adoptio per populum spricht, aber einer auctoritas populi nicht Erwähnung thut. Eben so ist in derselben Pandektenstelle die Erklärung der Arrogation aus Gajus zwar aufgenommen, indessen doch nur in so weit, als sie für Justinians Zeit praktisch war. Die Frage an das Volk: ob es einwillige, die uns Gajus mittheilt, ist weggeblieben [9]).

4) Noch ist eine Interpolation interessant, die zwar schon früher bemerkt werden konnte, aber jetzt nach Erscheinen des Gajus um so mehr auffällt. Die Pandekten nämlich lassen Gajus folgendes sagen:

l. 21. de adopt. (1. 7.) *Gajus* lib. I. Regularum.

Nam et foeminae ex rescripto principis adrogari possunt.

Nun enthalten aber die Institutionen des Gajus gerade das Gegentheil.

9) Comm. I. §. 99. „quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit cum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is, qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur: et populus rogatur an id fieri jubeat." Dieses letzte nun ist in l. 2. pr. D. de adopt. (1. 7.) weggeblieben.

Comm. I. §. 101.

Item per populum feminae non adoptantur nam id magis placuit.

Auch kann man nicht annehmen, daß dieses Prinzip während der Lebenszeit des Gajus geändert worden sey, denn Ulpian sagt gerade noch dasselbe.

Fragmenta VIII. §. 5.

Per populum vero Romanum feminae quidem non adrogantur.

Die Form der Arrogation per rescriptum principis war überhaupt zu Gajus Zeiten noch gar nicht üblich: sonst hätte er sowohl als Ulpian davon sprechen müssen.

Die ganze Stelle des Gajus also, die uns die Pandekten mittheilen, ist interpolirt, und statt des nam et foeminae ex rescripto principis adrogari possunt, mag es ursprünglich geheißen haben, „nam et foeminae populi auctoritate adrogari non possunt."

Uebrigens ist es ganz consequent, daß im Justinianeischen Recht der Satz aufgehört hat, daß Weiber nicht adrogirt werden dürfen. Der Grund dieser Regel des älteren Rechts lag lediglich darin, daß Frauen in Volksversammlungen überhaupt nicht erscheinen durften. Wo aber ein principale rescriptum an die Stelle der Comitien tritt, wäre es lächerlich die Folgerung noch beizubehalten.

III. *causae probatio.* Auch wenn die väterliche Gewalt, weder durch Ehe, noch durch Adoption

entstanden ist, sollen dennoch gewisse Gründe hinreichend seyn, eine solche Gewalt hinterher zu ertheilen; vor allem gehört hierher die erroris causae probatio, die wir schon aus Ulpian gekannt haben.

Fragm. VIII. §. 4.

In potestate parentum sunt etiam hi liberi, quorum causa probata est per errorem contracto matrimonio inter dispares *conditiones personarum: nam seu civis Romanus Latinam, aut peregrinam, vel eam quae dedititiorum numero est, quasi per ignorantiam uxorem duxerit, sive civis Romana per errorem peregrino, vel ei, qui dedititiorum numero est, aut etiam quasi Latino ex lege *Aelia Sentia nupta fuerit, causa probata, civitas redditur tam liberis, quam parentibus, praeter eos, qui dedititiorum numero sunt: et ex eo fiunt in potestate parentum liberi.

Weder der Raum noch der Zweck dieser Schrift erlaubt es der verschiedenen Conjecturen Erwähnung zu thun, durch welche gar viele Juristen den obigen nicht unverdächtigen Text zu reinigen versucht haben. Auch ist diese Aufzählung erst neulich von Hollweg [1]) schon großentheils unternommen worden. Nur die eine fast einzig und allein wesentliche Bemerkung mag hier genügen, daß die Vermuthung Hugos [2]) es seyen vor den Worten: „aut etiam

1) de caus. prob. p. 39. et sqq.

2) Jus civile Antej. Tom. II. p. 1604.

quasi Latino," die anderen: quasi civi Romano, durch Fehler des Abschreibers weggefallen, auch mir höchst richtig scheint.

So viel geht nun bei allem Verdacht, der gegen einzelne Lesearten zu schöpfen wäre, aus dieser Stelle Ulpians deutlich genug hervor, daß wer aus Irrthum in einen schlechteren Stand, als der ist, worin er sich selbst befindet, hinein heirathete, aus diesem Irrthum aber irgend einen Schaden hatte, durch eine causae probatio gerade so in integrum restituirt werden soll, als sey dieser Irrthum nicht vorgefallen. Dies sind die beiden Criterien des ganzen Instituts, ungleicher Stand der Verheiratheten aus Irrthum, und Schaden der daraus erwächst [3]). Alles ist an diesen Erfordernissen zu prüfen. Deswegen wird es gleichviel seyn, ob der Irrthum darin besteht, daß man sich selbst schlechteren, oder die Person, mit der man eine Ehe eingeht besseren Standes zu seyn, als wirklich der Fall ist, geglaubt habe, wenn man dadurch nur in einen schlechteren Stand, als den eigenen, hinein heirathete. Eben so ist es gleichgültig, wel-

3) Dieses letztere Criterium ist von Hollweg nirgends angegeben worden. S. 118. möchte eine Andeutung in den Worten zu finden seyn: „Unde etiam intelligimus principaliter ei hoc privilegium tributum esse, qui cum in contrahendis nuptiis *meliori jure uti posset* deterioris conditionis personae per errorem se junxit." Ueberhaupt fehlt es bisweilen der sonst so gründlichen und gehaltvollen Schrift aus Liebe zu einer episodischen Darstellung an Schärfe und Bestimmtheit.

cher Schaden aus dem Irrthum entsprungen sey, ob der Verlust der väterlichen Gewalt, oder der Mangel eines justum matrimonium, oder das Fehlen eines erwarteten Auswegs zur Civität, wenn es nur feststeht, daß irgend ein Schaden vorhanden sey.

Gehen wir nun die einzelnen Fälle durch, wie sie uns jetzt Gajus umständlicher mittheilt, so werden wir bloß die eben aufgestellte Regel in ihnen wiederfinden, und uns im Grunde der Bemerkung nicht enthalten können, wie wir wenig mehr aus Gajus in dieser Materie lernen, als daß er, ein überaus weitschweifiger und breiter Schriftsteller, Seiten zu einer ausgedehnten Casuistik braucht, wozu es bei dem gedrängteren Ulpian nur einiger Worte bedurfte.

Hat also ein Römischer Bürger, aus Irrthum, glaubend es sey eine Römische Bürgerin, eine Latina oder peregrina geheirathet [4]), so steht es ihm frei, wenn er ein Kind in dieser Ehe gezeugt hat, erroris causae probatio anzustellen. Dadurch wird er aber gegen allen Schaden, den ihm der Irrthum zufügte, in integrum restituirt. Wäre dieser nicht vorgefallen, so hätte er in Connubio gelebt, und väterliche Gewalt gehabt. Durch die causae probatio wird also seine Ehe ein Connubium, indem die Frau zur Römischen Civität gelangt: außerdem

4) Comm. I. §. 67.

erhält er aber väterliche Gewalt über seine Kinder. Daß nun der Fall, wenn ein Römischer Bürger eine peregrina, glaubend es sey eine Latina, geheirathet, hier den oben aufgestellten Criterien gemäß nicht aufgenommen werden konnte, folgt von selbst; denn es ist solches für einen Römischen Bürger vollkommen gleichgültig, indem er auch im Fall des Nicht-Irrthums keineswegs besser daran gewesen wäre. Hat ferner ein Römischer Bürger sich für einen Latinen und Peregrinen gehalten, und demgemäß eine Frau seines vermeintlichen Standes geheirathet, so tritt ganz dasselbe ein, wie vorhin [5]; er erlangt alles, was er ohne den Irrthum erlangt haben würde. Eben so verhält es sich aber mit dem Latinen, der eine peregrina geheirathet, glaubend sie sey eine Römische Bürgerin oder eine Latina, oder der sich für einen Peregrinen hielt, und deswegen im Irrthum eine Frau des Standes heirathete, zu dem er zu gehören glaubte [6]. Im Fall eines Nicht-Irrthums wäre der Latine nämlich durch eine causae probatio, der lex Aelia Sentia zufolge, zum Römischen Bürgerrecht gelangt: es wird ihm also jetzt durch die erroris causae probatio zu Theil, was er sonst

5) Comm. I. §. 71.

6) Dieser Fall, daß ein Latine sich für einen Peregrinen gehalten, und deswegen eine peregrina geheirathet, ist zwar nicht namentlich von Gajus aufgezählt: er versteht sich aber ganz von selbst. Hollweg de caus. prob. p. 56.

sonst durch die causae probatio ex lege Aelia Sentia gehabt hätte [7]).

So viel von dem Irrthum des Mannes, der nun nicht allein Connubium, sondern auch väterliche Gewalt durch die causae probatio erlangt. Bei dem Irrthum der Frau fällt dieser letzte dadurch entstehende Nachtheil natürlich hinweg: aber auch sie hätte in Connubio im Fall des Nichtirrthums gelebt, und dies muß ihr wieder zu Theil werden. Hat also eine Römische Bürgerin, in der Meinung einen civis Romanus oder einen Latinen zu heirathen, einen Peregrinen zum Mann erhalten, so kann sie erroris causae probatio anstellen, und ihre Ehe wird ein Connubium, so wie ihr Sohn Römischer Bürger [8]). Daß aber die erroris causae probatio nur zum Vortheil des benachtheiligten irrenden Theils eingeführt ist, und der andere Theil nur nebenbei gewinnt, wenn es angeht; daß ferner dieselbe nur zufällig Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt wird, beweist hinlänglich der Umstand, daß eine erroris causae probatio bisweilen eintritt, wo weder väterliche Gewalt noch ein verbesserter Zustand des einen Theils daraus hervorgeht. Dies ist aber vor allem der Fall, wenn der Mann ein dediticius ist [9]). Daß

7) Comm. I. §. 71. „*tamquam si ex* lege Aelia Sentia uxorem duxisset.

8) Nach der lex Mensia nämlich würde der Sohn sonst Peregrine seyn.

9) Comm. I. §. 68. Idem juris est aliquatenus, si ei, qui dediticiorum numero *est* tamquam civi Romano *seu* Latino e lege Aelia Sentia nupta sit: nisi quod scilicet,

hier der Sohn Römischer Bürger wird, kommt daher, weil auch der Mutter allerdings daran gelegen seyn muß, daß ihr Kind durch ihren Irrthum der Römischen Civität nicht verlustig werde. So ist also die erroris causae probatio mehr Entstehungsgrund des Connubii und der Civität, als der väterlichen Gewalt.

Wie aber bei dem Römischen Bürger der Fall von Gajus nicht erwähnt werden konnte, daß er aus Irrthum eine peregrina statt einer Latina geheirathet, weil ihm daraus überhaupt kein Schaden erwuchs, so durfte aus einem umgekehrten Grunde bei der Römischen Bürgerin der Fall nicht vorkommen, daß sie aus Irrthum einen Latinen, glaubend es sey ein civis Romanus, geheirathet habe. Denn war dort bei dem Irrthum des Römischen Bürgers, der Nachtheil nicht größer als im Fall des Nichtirrens, so war hier der Vortheil auch in dem Irrthum gleich: es war gleichgültig, sage ich, ob die Römische Bürgerin einen civis Romanus, oder einen Latinen heirathete; im letzteren Fall konnte sie ja ohnehin durch den anniculus filius aus der lex Aelia Sentia zum Connubium gelangen, und ihren Sohn zum Römischen Bürger machen, also alles erwerben, was ihr die Ehe mit einem Römer ertheilt haben würde. Darum sind diese Fälle als durchaus nicht

qui dediticiorum numero est in sua condicione permanet: et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur.

verschieden, ja, wenn man will, ganz identisch in Ulpian [1]) und Gajus [2]) zusammengestellt.

1) Ulp. VIII. §. 4. „Sive ctore divo Hadriano facto civis Romana per errorem peregrino, vel ei, qui dediticiorum numero est (*quasi civi Romano*) aut etiam quasi Latino ex lege *Aelia *Sentia nupta fuerit.

2) Comm. I. §. 68. „Idem juris est aliquatenus, si ei, qui dediticiorum numero *est*, tamquam civi Romano *seu* Latino e lege Aelia Sentia nupta sit." Der einfache Grund, warum diese Fälle vollkommen identisch sind, weil die erroris causae probatio immer einen durch den Irrthum erlittenen Schaden voraussetzt, der hier nicht vorkommen kann, ist von Hollweg durchaus nicht aufgefaßt worden, er weiß gar nicht, wie er diese Schwierigkeit erklären soll. de caus. prob. p. 117. „Ideoque aut nulla ratione sed fortuito hunc casum ommitti, aut senatusconsulti beneficium ad civem Romanam, quae Latino, quasi civi Romano nupserit, non pertinere dicemus, sive, quod ex lege Aelia Sentia ei nubere potest: sive quod filius jam ex senatusconsulto auctore divo Hadriano facto civis Romanus nascitur." Statt des Criteriums, daß durch den error der irrende Theil Schaden gelitten haben müsse, setzt Hollweg überhaupt ein anderes an die Stelle, den *justus* error, wie er es nennt, von dem ich durchaus nicht weiß, was er damit sagen will. de caus. prob. p. 116. Nachdem er nämlich zuvor selbst richtig behauptet hat, es käme keineswegs darauf an, ob man justas nuptias habe eingehen wollen oder nicht, indem ja dieses z. B. der Latine, oder der civis, der sich für einen Peregrinen hielt, niemals habe wollen können, (p. 115) meint er dennoch, in gewissen Fällen käme es allerdings darauf an, daß der error ein justus sey, z. B. bei dem Römischen Bürger; das heißt aber mit anderen Worten, ein Römischer Bürger muß durchaus justas nuptias eingehn. Daraus will nun Hollweg erklären, was oben anders erklärt worden ist, nämlich, warum der Fall nicht vorkomme, daß ein Römer eine

Eben so kann aber gewiß auch die civis Romana, die sich für geringeren Standes hielt, und demgemäß heirathete, eine erroris causae probatio veranlassen, wenn dieses Falles auch nicht ausdrücklich von Gajus Erwähnung geschieht. Es ist kein Grund da zu glauben, daß bei einer Frau nicht dasselbe nach Analogie des Mannes eintrete, wie auch schon Hollweg [3]) sehr gut bemerkt hat. Nicht minder aber steht der Latina der Weg der erroris causae probatio zu, die in der Meinung, eine Ehe mit einem Latinen einzugehen, sich mit einem Peregrinen verheirathete [4]), so wie nach aller Analogie der Latina, die sich selbst für geringeren Standes haltend,

peregrina, glaubend es sey eine Latina, geheirathet habe: weil hier nämlich kein justus error statt finde, da der Römer habe wissen müssen, ihm komme die lex Aelia Sentia nicht zu statten. Welche Umschreibung und wie wenig scharf ausgedrückt! Wenn einem error zu Hülfe gekommen werden soll, so kann doch der Betheiligte nicht mehr erlangen, als er ohne den error gehabt hätte. Nun würde aber ein civis Romanus, hätte er wirklich eine Latina geheirathet, durchaus nicht mehr Rechte gehabt haben, als es in der Ehe mit der peregrina der Fall ist; denn daß die Kinder dort Latinen, hier Peregrinen werden, ist für den Vater, da sie ihm in keinem Falle folgen, gleichgültig. Von einem error kann also hier gar nicht die Rede seyn, da er durchaus keine Wirkung hat. Es heißt also nicht eben die Sache getroffen haben, von einem justus error zu sprechen, der am Ende auf die Frage hinausläuft, welche der Verfasser doch mit Recht hier nicht abhandeln zu dürfen glaubt, ob von ignorantia juris oder facti die Rede sey.

3) de caus. prob. p. 64.

4) Comm. I. §. 69.

einen Peregrinen geheirathet. Der Fall, wenn der Mann der Latina, den sie für einen civis Romanus hielt, ein Peregrine ist, konnte nicht in Betracht kommen, weil ja auch im Fall des Nichtirrthums keineswegs etwas Besseres für die Frau eingetreten wäre: weder Connubium noch Civität der Kinder [5]). Hiermit sind aber fast alle Fälle erschöpft, die eine erroris causae probatio gestatten, und es ist hier am Orte einige allgemeinere Bemerkungen hinzuzufügen. Ist der Peregrine, in dem der eine Theil sich geirrt hat, ein dedititius, so tritt die erroris causae probatio nach wie vor ein; nur zwei Wirkungen derselben bleiben aus: weder wird der dedititius Römischer Bürger, noch erlangt er demzufolge die väterliche Gewalt: bei der Frau, die eine dedititia ist, braucht nur die eine dieser Wirkungen auszubleiben [6]).

Auf jegliche Art der erroris causae probatio ist übrigens der Satz anwendbar, daß was vom Sohne gilt, ebenfalls von der Tochter gesagt werden muß [7]), was sich schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst verstand [8]). Wenn aber nun gleich die

5) de caus. prob. p. 61.

6) Ulp. VIII. §. 4. Comm. I. §. 67, 68.

7) Comm. I. §. 73. „Quaecunque de filio esse diximus eadem et de filia dicta intellegemus.

8) l. 1. de V. S. (50. 16.) Verbum hoc si *quis* tam masculos, quam feminas complectitur. l. 195. eodem Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad *utrumque* sexum plerumque porrigitur. l. 3. de neg. gest. (3. 5.)

erroris causae probatio, mit der causae probatio ex lege Aelia Sentia diesen Satz gemein hat, so ist dies bei dem andern nicht der Fall, daß auch hier, wie bei der Aelia Sentia ein anniculus filius erfordert werde. Auch schon vor zurückgelegtem ersten Jahre kann hier die causae probatio statt finden. Es geht dieses aus einer lückenhaften Stelle unseres Gajus hervor, deren wahrscheinlichen Inhalt der Herausgeber sehr gut angegeben hat. Gajus fügt noch hinzu, daß es ihm nicht entgehe, man könne aus einem Rescript des Kaisers Hadrian vielleicht das Gegentheil entnehmen [9]), das aber scheint ebenfalls bei der erroris causae probatio statt zu finden, daß nach dem Tode dessen, der sie eigentlich hätte

9) Comm. I. §. 73. „Set, quantum ad erroris causam probandam attinet nihil interest, cujus aetatis filius sive filia *sit* ********** ********** — — — — ** si minor anniculo *sit* filius filiave causa probari non potest, nec me praeterit in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum tanquam, quod ad erroris quoque *causam* probandam *attinet* ********** ********** — — — — ***** cui imperator ********** dederit." Der Herausgeber hat die erste Lücke dieser Stelle sehr gut so ausgefüllt: quamvis aliter observetur in Latino, qui civem Romanam vel Latinam ex lege Aelia Sentia uxorem duxerit: hujus enim Latini etc. Man hätte vielleicht geneigt seyn können, in der Lücke die Erzählung von einer Streitfrage der Schulen über diesen Punkt zu vermuthen; allein das Wort quoque, welches unmittelbar folgt (quod ad erroris *quoque* causam probandam etc.), spricht sehr für die Meinung des Herausgebers.

anstellen sollen, auch das überlebende Kind sich dieses Auswegs bedienen könne [1]).

Es sind oben S. 110 folgende zwei Hauptcriterien der erroris causae probatio aufgestellt worden, einmal daß man durchaus aus Irrthum eine Ehe mit einer Person schlechteren Standes, als man selbst ist, eingegangen seyn muß, ferner aber, daß Nachtheile aus diesem Irrthum erfolgen. Hieraus geht hervor, daß niemals ein Peregrine eine erroris causae probatio anstellen könne; denn nur in dem Falle, wenn er eine dedititia heirathet, geht er eine Ehe mit einer persona deterioris conditionis ein: aber auch selbst in diesem Fall hat er durch den Irrthum keinen Nachtheil. Dennoch scheint eine übrigens lückenhafte Stelle des Gajus gerade das Gegentheil anzudeuten, nämlich, daß auch ein peregrinus eine erroris causae probatio anstellen könne.

Comm. I. §. 74.

Peregrino ********** — — — — uxorem duxisset et, filio nato, alias civitatem Romanam consecutus esset, deinde cum quaereretur an *causam* probare *posset rescripsit* Imperator Antoninus perinde posse eum **causam* probare, atque si peregrinus man-

1) Leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. 3. Comm. I. §. 32. III. §. 5.

sisset, ex quo colligimus etiam peregrinum *causam* probare posse.

Auf eine scharfsinnige Weise hat Hollweg [2]) diese Stelle dadurch zu beseitigen gesucht, daß er das letzte auf den error der Frau des Peregrinen bezieht. Hätte nämlich eine civis Romana oder Latina einen Peregrinen aus Irrthum geheirathet, so stände ihr eigentlich die erroris causae probatio zu. Wenn sie aber etwa früher gestorben sey, so wäre nach aller Analogie anzunehmen, daß der Mann jetzt statt der Frau die causae probatio anstellen könne. Darauf beziehe sich aber die Aeußerung des Kaisers Antoninus, auch ein anderweitig zum Römischen Bürger gewordener Peregrine, habe die causae probatio, als sey er Peregrine geblieben.

Mir scheint diese Erklärung indessen keineswegs genügend, denn der allgemeine Grundsatz, den Gajus aus dem Kaiserlichen Rescript herleiten will (ex quo colligimus etiam peregrinum *causam* probare posse), kann sich unmöglich auf das beziehen, was, auch angenommen es stehe überhaupt fest, niemals Recht des Peregrinen, sondern ein von der Frau abgeleitetes, und von ihm als Stellvertreter geübtes Recht ist.

Uebrigens scheint mir der ganze Vordersatz unwahr, daß der niemals im Irrthum gewesene Peregrine statt seiner Frau die erroris causae probatio

2) de caus. prob. p. 68, 69.

anstellen könne. Wohl kann dies bei der causae probatio ex lege Aelia Sentia die Mutter, (Comm. I. 32.) es ist hier aber auch nicht der Irrthum Bedingniß, und wenn auch nach dem Tode des irrenden Theils, das Kind die erroris causae probatio anstellen kann, so läßt sich durchaus nicht annehmen, dies habe auch der andere meistens in dolo sich befindende Ehegatte gekonnt. Da übrigens in unserem §. 74. die Worte uxorem duxisset und alle darauf folgende erhalten sind, so hätte doch des Todes der Frau, wäre der Fall so zu verstehen, nothwendigerweise Erwähnung geschehen müssen: es hätte alsdann so heißen können: uxorem duxisset et, filio nato et uxore defuncta etc. Nichts dem ähnliches wird aber bemerkt, und es ist also, wie ich glaube, die in sich scharfsinnige Erklärung Hollwegs um so mehr zu verwerfen, als schon die zu Grunde liegende Supposition, daß ein Peregrine ex persona uxoris eine erroris causae probatio anstellen könne, falsch zu seyn scheint.

Es sey mir erlaubt eine andere mir wahrscheinlicher vorkommende Vermuthung an die Stelle zu setzen. Der hier vorliegende lückenhafte Paragraph handelt, wie ich glaube, durchaus nicht von der erroris causae probatio, sondern vielmehr von dem Falle überhaupt, daß ein Peregrine, der für sich das Römische Bürgerrecht erlangt hat, auch durch eine causae probatio seine nachher gebornen Kinder in seine Gewalt bringen könne. Nach einem Reskript

des Kaisers Hadrian nämlich, ist es nothwendig, daß der Peregrine, welcher für sich und seine schwangere Frau das Römische Bürgerrecht fordert, zugleich sich speziell über sein künftiges Kind die väterliche Gewalt erbitte. Hat er dies verabsäumt, so wird sein Kind zwar Römischer Bürger, aber ist nicht in väterliche Gewalt [3]). Sind die Kinder indessen zur Zeit, wo der Peregrine die Civität erhält, schon geboren, so bedarf es zur väterlichen Gewalt einer eigenen causae cognitio [4]), außer für gewisse Peregrinen, welche ipso jure ihre Kinder zugleich mit der Civität in ihre Gewalt bekommen [5]). Für den Fall also, wo dem zum Römischen Bürger gewordenen Peregrinen Kinder geboren werden, die vor erlangter Civität concipirt waren, und wegen welcher, während der Schwangerschaft der Frau um die väterliche Gewalt anzuhalten verabsäumt war [6]), blieb gar kein Ausweg übrig, ihm die väterliche Gewalt über diese zu verschaffen; denn nur für die schon Geborenen, zur Zeit als der peregrinische Vater zur

3) Comm. I. §. 94. „Item si *q*uis cum uxore praegnante civitate Romana donatus sit, quamvis is, qui nascitur, ut supra diximus, Romanus sit, tamen in potestate patris non fit, idque subscriptione divi Hadriani significatur: qua de causa, qui intellegit uxorem suam esse praegnantem dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit simul ab eodem petere debet ut eum, qui natus in potestate sua habeat.

4) Comm. I. §. 93.

5) Comm. I. §. 95.

6) Comm. I. §. 94. es heißt ausdrücklich in dieser Stelle: „*dum* civitatem sibi et uxori ab imperatore petit," also nicht nach schon erlangter Civität.

Civität gelangte, war eine causae probatio angeordnet. Hierauf bezieht sich nun, wie ich glaube, der in Frage stehende §. 74. Nach einem Rescript des Kaisers Antoninus soll das, was Hadrian schon früher für Peregrinen angeordnet hatte, daß sie nämlich causa probata, in dem Augenblick, wo sie zur Civität gelangen, auch die väterliche Gewalt über ihre Kinder erwerben können, ebenfalls auf diejenigen ausgedehnt werden, die schon Römische Bürger, und nun diese causae probatio anstellen möchten. Die Worte sagen: perinde posse eum *causam pro*bare, atque si peregrinus mansisset, und die anderen: ex quo colligimus etiam peregrinum *causam* probare posse, heißen demzufolge nicht „woraus hervorgeht, daß auch ein peregrinus eine *erroris* causae probatio habe," sondern vielmehr, „woraus wir abnehmen können, daß auch der Peregrine eine eigene Art von causae probatio habe."

Bestätigend für diese Ansicht ist, wie ich glaube, daß in dem vorliegenden Paragraphen, niemals das Wort erroris causae probatio vorkommt, sondern daß erst im folgenden, wie aus den einzelnen lesbaren Worten hervorgeht, von der erroris causae probatio gehandelt worden [7]). Vielleicht hat sie

7) Comm. I. §. 75. „***** ********** ********** diximus ********** errore ******** errorem ***** matrimonium ********** — — — — *pere*grinus **** ********** ********** ea, quae

eben derselbe, als bei dem Peregrinen nicht denkbar, diesem Stande durchaus abgesprochen.

Was die Quelle der erroris causae probatio betrifft, so geht aus gar vielen Stellen des Gajus [8]) hervor, daß diese ein Senatusconsult gewesen sey; auch konnte man dies schon aus der Leg. Mos. et Rom. Collatio wissen [9]). Zu welcher Zeit dieses Senatusconsult gegeben worden, dies wird uns aber selbst durch Gajus nicht mitgetheilt. Es versteht sich indessen von selbst, und hätte keiner Conjectur bedurft, wie es Hollweg nennt [1]), um darzuthun, daß da dieses Senatusconsult sich auf die lex Aelia Sentia bezieht [2]), und von Hadrian [3]) Neuerungen desselben herrühren, es durchaus in der Zeit zwischen Augustus und Hadrian erlassen seyn müsse. Dies ist aber ein Zeitraum von mehr denn hundert Jahren, und daher sehr wenig damit bestimmt. Wenn übrigens Conjecturen hier überhaupt nicht zu gewagt scheinen, so mag folgender vielleicht ein Platz eingeräumt werden dürfen. Ich glaube nämlich, das Senatusconsult, welches

superius ********** *** intervenerit — — — —

8) Comm. I. §. 67, 68, 71. etc.

9) Comm. XVI. §. 2. Idem juris est de his, quorum nomina ex lege Aelia Sentia, vel ex Senatusconsulto post mortem patris causa probata.

1) de caus. prob. p. 119. „Illud sane conjectura assequi licet."

2) Comm. I. §. 68, §. 70. §. 71.

3) Comm. I. §. 73, II. §. 142. §. 143. III. §. 73.

die erroris causae probatio einführte, ist kein anderes, als das schon oben erwähnte Senatusconsultum Pegaso et Pusione Coss.; denn da das die erroris causae probatio einführende Senatusconsult, gewissermaßen als eine Ausdehnung der lex Aelia Sentia anzusehen ist, indem in den Fällen, wo ohne Irrthum die Aelia Sentia statt gefunden hätte, nun die erroris causae probatio an ihre Stelle tritt [4]); da ferner die beständige Zusammenstellung der lex Aelia Sentia und des Senatusconsults [5]) darauf hinzuweisen scheint, daß das Letztere, wenn auch noch andere Fälle umfassend, doch zuerst und unmittelbar aus dem Bedürfniß einer Erweiterung der Aelia Sentia hervorgegangen, so scheint es in keinem Falle unwahrscheinlich, daß dasjenige Senatusconsult, welches uns in anderer Hinsicht als ein die Aelia Sentia auf majores triginta annorum ausdehnendes bekannt ist [6]), nicht auch zugleich andere Ausdehnungen enthalten haben könne. Ist aber die oben S. 55. geäußerte Conjectur wahr, daß das S. C. Pegasianum zuerst, nach dem Tode der kompetenten Person, der übrigbleibenden die causae probatio gestattete, und finden wir dies ebenfalls bei der erroris causae probatio wieder, so scheint solches ein Beweis mehr zu seyn, daß das S. C. Pegasianum auch die erroris causae probatio selbst leicht habe

4) I. §. 70.
5) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 2. Comm. III. §. 5.
6) Comm. I. §. 32.

einführen können. Sollte aber dieses angenommen werden, so ist das Senatusconsult unter Vespasian gegeben.

Endlich ist noch zum Beschluß der ganzen Lehre von der erroris causae probatio, über die Vergleichung zu sprechen, die gar viele zwischen ihr und der legitimatio per subsequens matrimonium des neuern Rechts angestellt haben: ja viele haben sogar die erroris causae probatio die Legitimation des ältèren Rechts genannt. Unstreitig ist Justinian selbst die erste Ursache, denn am Ende des Institutionentitels de nuptiis spricht er von der Legitimation, als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt, in eben den Worten, mit denen Gajus die Lehre der erroris causae probatio einleitet [7]). Daß Cujacius [8]) schon den Scharfsinn gehabt habe, diese Aehnlichkeit zu bemerken, wird von Hollweg [9]) gar sehr heraus gehoben. Scharfsinniger würde es indessen, wie ich glaube, gewesen seyn, wenn er diese Aehnlichkeit nicht bemerkt, oder was dasselbe ist, wenn er bemerkt hätte, wie sehr beide Institute, nicht etwa in Einzelnheiten, denn darauf kommt es überhaupt nicht an, sondern in ihrem Hauptcriterium von einander abweichen.

7) Aliquando autem evenit, ut liberi statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant at postèa tamen redigantur in potestatem. Comm. I. §. 65. §. 13. J. de nuptiis. (1. 10.)

8) Obs. l. XV. cap. 13.

9) de caus. prob. p. 52.

Ohne sich auf das Scharfe in der Sache einzulassen, hat auch Hollweg[1]) versucht, die Aehnlichkeit und Unähnlichkeit beider Institute, durch ein Aggregat von Notizen darzuthun. Darin sind, wie er sagt, beide Institute ähnlich, daß Kinder, die illegitim und sui juris geboren, dadurch in die väterliche Gewalt kommen, vorzüglich scheine aber eine große Aehnlichkeit zwischen der legitimatio per subsequens matrimonium und der erroris causae probatio zu herrschen, weil außer der nachfolgenden väterlichen Gewalt, durch beide noch außerdem justae nuptiae bewirkt würden: dies sey jedoch, wie gesagt, nur scheinbar, indem bei der causae probatio das justum matrimonium, durch die Civität, welche Connubium verleiht, von selbst folge, bei der legitimatio aber der natürliche Vater, Behufs der Erlangung der väterlichen Gewalt, erst die Concubine zur uxor zu erheben die Absicht haben müsse: endlich seyen beide Institute vorzüglich darin verschieden, daß bei der *causae probatio* von Kindern aus einem matrimonio juris gentium, bei der Legitimation dagegen von Concubinenkindern die Rede sey.

Hiermit ist aber für die Auseinandersetzung der Sache noch so gut wie gar nichts gethan: man sieht sich nach wie vor nach dem oberen Grundsatz um, der, ohne daß es alsdann einer weiteren Aufzählung des Einzelnen bedarf, darüber entscheide, ob das

1) de caus. prob. p. 72, 73.

Institut der erroris causae probatio im Ganzen derselben Gattung als die legitimatio angehöre, oder ob beide vollkommen von einander verschieden seyen.

Nur eine Verkennung der Grundlagen beider Lehren hat, wie ich glaube, zu dem Resultat führen können, daß sie zusammen zu stellen seyen. Bei der Legitimation ist es alleiniger Hauptzweck, Kinder, die unehelich geboren sind, unter die väterliche Gewalt zu bringen. Alles andere geschieht nur als Mittel zu diesem Zwecke: so die Ehe mit der Concubine. Die erroris causae probatio ist überhaupt gar nicht Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt. Alles dasjenige soll lediglich durch dieselbe wieder hergestellt werden, was im Fall eines Nichtirrthums statt gefunden hätte. Gehört nun die väterliche Gewalt dazu, so ist sie natürlich miteinbegriffen: aber auch eine Frau, die doch niemals väterliche Gewalt erlangen kann, ist zu dieser erroris causae probatio befugt: daß alsdann der zur Civität gelangende Mann, auch die väterliche Gewalt nebenbei erhält, ist durchaus nichts wesentliches, sondern eine zufällige, nicht zum Institute selbst kommende Vergünstigung; ja ist der Mann ein dedititius, so findet erroris causae probatio wie sonst statt, ohne daß jedoch von väterlicher Gewalt die Rede seyn kann [2]).

Was also charakteristisch bei der Legitimation, daß sie wie die Ehe väterliche Gewalt bewirkt, ist bei

der

2) Comm. I. §. 68. S. oben S. 113. 114.

der erroris causae probatio etwas höchst untergeordnetes, das gar nicht wesentlich vorzukommen braucht, und wenn es vorkommt, zwar nicht gerade Folge der später erlangten Civität der Eltern ist, aber dennoch ausnahmsweise[3]) als eine solche Folge angesehen werden soll. Da aber zufällig oft durch die erroris causae probatio eine väterliche Gewalt entsteht, so kann sie Gajus allerdings ausnahmsweise als den Fall anführen, wo ein als homo sui juris geborenes Kind später in des Vaters Gewalt kommt. Diesen einzigen äußeren Berührungspunkt hat die erroris causae probatio mit der Legitimation, wer indessen davon Gelegenheit nehmen wollte, die erroris causae probatio die Legitimation des älteren Rechts zu nennen, würde eben so falsch verfahren, als wenn er die *legitimatio* die erroris causae probatio des neueren Rechts genannt hätte[4]).

So viel von der erroris causae probatio: es fragt sich aber ferner, entspringt nicht auch bei Gelegenheit einer andern causae probatio väterliche Gewalt, namentlich bei der lex Aelia Sentia?

Ulpian hatte über diesen Punkt ein völliges

3) Comm. I. §. 87.

4) Zum größten Beweis des hier Aufgestellten mag wohl das dienen, daß bei der Legitimation es nach Nov. 89. cap. 11. einer Einwilligung des zu legitimirenden bedarf, weil väterliche Gewalt alleiniger Endzweck ist; bei der erroris causae probatio ist davon nicht die Rede, weil die väterliche Gewalt hier etwas zufälliges ist, und gleichsam von selbst eintritt.

Stillschweigen beobachtet, eben so hat Gajus's nichts ausdrücklich darüber gesagt, und es muß um so mehr auffallen, wenn Hollweg [5]) den Satz ganz kategorisch aufstellt: in Gajus I. §. 66. werde gesagt, daß auch durch die causae probatio aus der lex Aelia Sentia väterliche Gewalt entspringe. Das was entscheiden könnte, ist in der Stelle unlesbar, und auch nach dem Zusammenhange des Paragraphen mit den folgenden, könnte eben so gut die entgegengesetzte Ansicht statt finden. Gajus Gedankengang nämlich könnte füglich folgender seyn. Bisweilen geschehe es, daß Kinder in die väterliche Gewalt kommen, die bei ihrer Geburt nicht darin waren. Hätte z. B. ein Latinus ex lege Aelia Sentia geheirathet, so würde er selbst causa probata

5) de caus. prob. p. 49. „Eundem vero filium cum parentibus civitate Romana donatum etiam in patriam potestatem redigi §. 66. traditur." Was steht aber in diesem §. 66? „*Quodsi enim Latinus* ex lege Aelia uxore ducta filium procreaverit, aut Latinum ex Latina, aut civem Romanum ex cive Romana non habebit eum in potestate ********** ********** ***** simul eum in potestate sua habere incipit." Könnte nun nicht sehr wohl vor simul ein kleines non gestanden haben, und das Ganze vielleicht so ergänzt werden, „sed et causa probata cum eum justis nuptiis non procreaverit non simul eum etc." So ergänzt würde die Stelle gerade das Gegentheil enthalten. Zum andern Male beruft sich also Hollweg auf eine Stelle sehr apodictisch, wo das, was allein beweisen könnte, nicht lesbar ist. S. 53. wird freilich gesagt, daß der Herausgeber die Stelle also ergänzt habe.

seine Kinder nicht in seine Gewalt bekommen, denn sie seyen nicht in justis nuptiis gezeugt worden: eben so sey es bei einem matrimonium durch error, hier aber ertheile ein Senatusconsult die Erlaubniß erroris causae probatio anzustellen, und zugleich auch väterliche Gewalt [6]).

Wenn aber aus dem ebenerwähnten §. 66., und seiner Verbindung mit den folgenden, sich gar füglich auch die entgegengesetzte Ansicht, daß die lex Aelia Sentia keine väterliche Gewalt ertheilt habe, entnehmen läßt, so giebt es noch manche andere Gründe, die dieselbe unterstützen.

Wo Gajus davon spricht, daß zuweilen ausnahmsweise auch väterliche Gewalt nicht durch Ehe entspringe, spricht er lediglich von dem Senatusconsult, d. h. von der erroris causae probatio, ohne der Aelia Sentia mit einem Worte zu gedenken, die doch ebenfalls hierher gehört hätte [7]). Wenn an einem anderen Orte, wo Gajus von dem Rumpiren der Testamente durch einen hinzugekommenen suus heres

6) Comm. I. 66—68.

7) Comm. I. §. 87. „Quibus autem casibus, matris et non patris conditionem sequitur, qui nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is civis Romanus sit, non esse, plus quam manifestum est, et ideo superius rettulimus, quibusdam casibus, per errorem non justo contracto matrimonio senatum intervenire et emendare vitium matrimonii eoque modo plerumque efficere ut in potestatem patris filius redigatur." Also nur die erroris causae probatio wird als Ausnahme von der Regel angeführt, nicht die causae probatio ex lege Aelia Sentia.

spricht, er nur dessen erwähnt, der durch erroris causae probatio in die väterliche Gewalt gekommen, keineswegs aber der lex Aelia Sentia, oder einer aus derselben entspringenden Gewalt [8]), so ist dies daraus erklärlich, daß ein Latinus kein Testament machen dürfte. Das Auslassen dieses Punktes aber an einem Orte, wo die Erwähnung unendlich wichtig gewesen wäre, wie sollte dies nicht ein starkes Argument gegen die Existenz dieses Punktes überhaupt seyn.

Noch zwei andere Gründe aber sprechen gegen die Ansicht, daß die causae probatio aus der Aelia Sentia väterliche Gewalt ertheilt habe. Die Stelle nämlich, die ex professo von der causae probatio ex lege Aelia Sentia spricht, erwähnt eine dadurch zu erlangende väterliche Gewalt durchaus nicht [9]). Während es nämlich bei der erroris causae probatio heißt: et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, *et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse* [1]), wird bei der causae probatio ex lege Aelia Sentia gesagt: „tunc et ipse Latinus (*et filius*) et uxor ejus, si et ipsa ejusdem condicionis sit, cives Romani esse jubentur;" also: von der väterlichen Gewalt über das Kind ist durchaus nicht die Rede.

Ferner ist es aber, wie ich glaube, kein kleiner Einwand, den man der Ansicht, daß die causae pro-

8) Comm. II. §. 142. §. 143.
9) Comm. I. §. 39.
1) Comm. I. §. 67.

batio ex lege Aelia Sentia väterliche Gewalt ertheilt habe, machen dürfte, daß nun das Senatusconsult unter Hadrian, welches das Kind eines Latinen und einer civis Romana, ipso jure civis Romanus werden läßt, unerklärlich bleibt; denn wenn der Latine, vor ertheiltem Senatusconsult, durch die causae probatio seinen Sohn in die väterliche Gewalt gebracht hätte, so ging dieses nach dem Hadrianischen Senatusconsult nicht mehr an, indem der Sohn schon vor der causae probatio Römischer Bürger gewesen, also gar nicht mehr in dieselbe begriffen war: es hätte also das Senatusconsult nächst der Veränderung, daß der Sohn ipso jure den Stand der Mutter annahm, auch die hervorgebracht, daß der Sohn nicht wie sonst in die väterliche Gewalt mehr kam. Davon hätte uns aber Gajus wohl irgend etwas mitgetheilt; auch ist nicht zu vermuthen, daß durch das Hadrianische Senatusconsult dem latinischen Vater ein Nachtheil zugefügt werden sollte.

Es läßt sich aber nun auf der andern Seite durchaus nicht läugnen, daß eben so starke Gründe dafür zu seyn scheinen, daß auch die causae probatio aus der lex Aelia Sentia väterliche Gewalt verliehen habe: zuvörderst eine Stelle unseres Gajus die zum Theil in dem Codex fehlt, aber in die legum Mos. et Rom. Collatio übergegangen ist.

Coll. leg. M. et R. VI. §. 3.

Idem juris est de his quorum nomina [2]) ex lege Aelia Sentia, vel ex Senatusconsulto [3]) post mortem patris causa probata in potestate ejus futuri essent.

Hier, wo von suis heredibus die Rede ist, wird nicht undeutlich von einer väterlichen Gewalt aus der lex Aelia Sentia gesprochen. Ferner heißt es in derselben Collatio ganz allgemein nach einer Stelle Ulpians also:

Collatio XVI. §. 6.

Consanguineos et adoptio facit et adrogatio, *causae probatio* [4]) et in manu conventio.

Hier wird das von jeder causae probatio gesagt, daß sie ein Entstehungsgrund der Consanguinität sey: das ist aber eben dasselbe, als wenn erroris causae probatio, als von einem Aufhebungsgrund des Testaments. „Post mortem patris natus, vel ab hostibus reversus, aut ex primo secundove mancipio manumissus, cujusve erroris causa probata, licet non fuerint in potestate sui tamen patris heredes efficiuntur.

2) quorum nomine. Pithoeus jus, civ. Ant. p. 1467.

3) Von hier an ist auch die Stelle in Comm. III. §. 5. zu finden.

4) In leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. §. 3. spricht Paulus nur ganz speziell (wie Gajus II. §. 143.) von der

gesagt wäre, sie sey Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt.

Was aber hauptsächlich die Ansicht geltend machen kann, daß auch nach der causae probatio ex lege Aelia Sentia väterliche Gewalt erfolgt sey, ist wohl der Umstand, daß, in dem Falle, wo ein Römischer Bürger, welcher sich für einen Latinen haltend, demgemäß heirathete, nach ausdrücklichen Worten des Gajus gerade mit demselben Erfolge erroris causae probatio anstellen soll, als habe er aus der lex Aelia Sentia geheirathet [5]). Da ihm aber erroris causae probatio väterliche Gewalt verleiht, so scheint aus dieser Zusammenstellung nicht minder hervorzugehen, daß dies auch die lex Aelia Sentia gewähre.

Es ist bis hieher versucht worden alles, was gegen und für die Ansicht spricht, daß nach der causae probatio aus der lex Aelia Sentia väterliche Gewalt folge, aufzustellen. Es war diese Untersuchung der Flüchtigkeit wegen nothwendig, womit Hollweg diese Sache als erwiesen angesehen hat, auf die muthmaßlichen Inhaltsangaben des Herausgebers, als auf ewige Granitfelsen der nicht zu bezweifelnden Wahrheit bauend: ein Resultat dieser Untersuchungen wagen wir nicht zu geben, indem die Gründe auf beiden Seiten uns gleich stark zu

5) Comm. I. §. 71.

seyn scheinen, es aber besser und nützlicher ist, die Gründe des Zweifels schroff einander gegenübergestellt zu haben, als durch leicht zu erjagende Hypothesen eine fliegende Brücke zu bauen, die schon während des Werdens ihrem Einsturz entgegen sehen muß.

Außer diesen causae probationes aber ist schließlich noch von der causae probatio zu reden, der schon oben Erwähnung gethan worden, der nämlich, wodurch Peregrinen, die zur Römischen Civität gelangen, zugleich um die patria potestas über die von ihrer schwangeren Frau zu erwartenden Kinder [6], oder über die, welche sie zur Zeit schon haben [7], anhalten. Dieser letzteren causae probatio geht eine genaue causae cognitio voran, ob dies den Kindern nützlich sey [8]. Sie bedingt die causae probatio, die in diesem Falle nicht von einem consilium, nicht von dem Prätor oder Praeses provinciae ausgeht, sondern von dem Kaiser selbst [9].

Römischen Bürgern steht ein solcher Weg, ihre Kinder, die nicht aus einem Connubium entsprossen, in ihre Gewalt zu bringen, nach älterem Recht

6) Comm. I. §. 94.

7) Comm. I. §. 93. III. §. 20.

8) Comm. I. §. 93.

9) Comm. III. §. 20. „Idem juris est si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati, nec ab Imperatore in potestatem redacti fuerint.

nicht offen; denn das Institut der Legitimation beginnt erst mit Constantin, und die Art derselben, welche der eben erwähnten causae probatio gleichkommt, die legitimatio per rescriptum principis gehört erst dem Compilator der Pandekten und des Codex an.

Dritte Scholie.

Ueber potestas, manus, mancipium.

Gaji Comm. I. §. 108—142.

Eine so viel als möglich genaue Untersuchung über den Begriff und die Gränzen der Gewalten anzustellen, die im Römischen Recht mit den verschiedenen Namen von potestas, manus, mancipium belegt werden, ist der Zweck der folgenden Abhandlung. Besonders soll das Verhältniß, in dem sie zu einander stehen, der Punkt, worin sie sich berühren und unterscheiden, so wie die Art ihres Entstehens und Aufhörens berücksichtiget werden.

Die Wörter potestas und manus sind, allgemein genommen, in so fern sie sich auf die Gewalt, die wir über einen Andern üben, beziehen, vollkommen gleichbedeutend. So wie von der potestas über einen Sklaven, wird auch von der manus [1]) über denselben gesprochen, und die Art, wie der Sklave aus

1) l. 4. pr. de just. et jure (1. 1). nam quamdiu quis in servitute est *manui* et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate.

der Gewalt des Herrn kommt, heißt sogar nach diesem letzteren Worte allgemein manumissio. Nicht weniger wird aber manus die potestas genannt, die der Vater über seine Kinder hat, also die väterliche Gewalt.

Livius lib. XXXIV. cap. 2.

Majores nostri, nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore, voluerunt; in *manu* esse *parentum*, *fratrum*, *virorum* [2]).

So wie von einer manus virorum, wird also in dieser Stelle von einer manus parentum gesprochen, ja sogar die Tutel, die gar keine potestas ist, wird manus genannt; denn was könnte die manus fratrum anders bedeuten wollen, als die tutela legitima?

Wenn aber demgemäß die Wörter potestas und manus jegliche Art der Gewalt promiscue bezeichnen, so ist nicht zu läugnen, daß in einem engeren Sinn mit dem Worte manus, vorzugsweise die Herrschaft bezeichnet wird, die der Mann über die Frau übt [3]), doch auch diese Herrschaft begreift das Wort potestas eben so in sich, wie umgekehrt manus die

2) Livius l. 34. cap. 7. „minus filiae, uxores sorores etiam quibusdam in manu erunt. cf. l. 39. cap. 9. c. 18." in potestate quidem et masculi et feminae esse solent: in manum autem feminae tantum conveniunt.

3) Comm. I. §. 109. Sed

Gewalt über die Kinder, und das dominium über Sklaven.

l. 1. §. ult. de tribut. actione (14. 4).
Ulpianus lib. XXIX. ad edictum.

Potestatis verbum ad *omnem* sexum, item ad *omnes*, qui sunt alieno juri subjecti porrigendum erit.

In den vorigen zwei Abhandlungen ist von der Gewalt über Sklaven sowohl als von der väterlichen Gewalt gesprochen worden. Die jetzige wird also vorzugsweise der Betrachtung über die Natur der manus im engeren Sinn, und des mancipium gewidmet seyn. Eine allgemeine Bemerkung aber über die Natur jeder Gewalt überhaupt, wird hier vorangeschickt werden müssen.

Das Objekt jeder Gewalt überhaupt ist lediglich ein zwiefaches: sie erstreckt sich entweder über Kinder, oder über Sklaven; die Trichotomie, die Gajus hat [4]), und wobei nur auf die verschiedenartigen Benennungen gesehen worden, ist keineswegs aus dem innern Wesen der ganzen Lehre gegriffen: denn die manus ist nur ein Analogon der väterlichen Gewalt, das mancipium aber eben so ein Analogon der Herrschaft über Sklaven. Die Gewalten über Sklaven und Kinder hätten demnach,

4) Comm. I. §. 49. „Sed rursus earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.

als die hervorragenden Punkte der ganzen Lehre herausgehoben werden müssen. Nachher hätte von der manus und dem mancipium, als nachgebildeten Institute und Modifikationen eines jeden dieser Hauptpunkte, die Rede seyn dürfen. Daß aber potestas, manus, mancipium, als von gleicher Bedeutung und von demselben Ansehn neben einander abgehandelt werden, zeugt zum Ueberfluß von dem, was auch sonst schon häufig am Tage liegt, daß Gajus zu den schwächeren systematischen Köpfen gehört, die unter den Römischen Juristen gewesen sind[5]).

Es soll aber in der vorliegenden Abhandlung also zu Werk gegangen, und von der manus und dem mancipium, lediglich als von Ergänzungen der beiden Arten der potestas, gesprochen werden.

Die väterliche Gewalt kann sich über Kinder in den entferntesten Graden erstrecken. Streng genommen wird dadurch der Enkel, der Urenkel consanguineus seines Vaters und Großvaters. Aber auch die Frau soll, wenn die Ehe unter gewissen Formen eingegangen ist, der Wirkung nach, gleichsam consanguinea ihrer Kinder werden können. Ohne filiafamilias zu seyn, verhält es sich mit ihr gerade so,

5) Zwar geht aus den Ueberschriften hervor, daß auch Ulpian diese Eintheilung gehabt hat; doch ist es leicht möglich, daß von ihm der Hauptpunkt zuvörderst herausgehoben worden ist, der aber leider verloren gegangen.

als sey sie filiae loco [6]). Sie ist suus heres des Mannes, wie ihre Kinder, bricht wie der Nachgeborene das Testament, durch Eintritt in die Familie, und sie und ihre Kinder beerben sich gegenseitig als Agnaten [7]). Eben so erwirbt sie ihrem Manne, wie eine wahre filiafamilias [8]).

Daß für eine solche strenge Ehe, in manum conventio, drei Formen vorhanden gewesen, war längst bekannt. Zwei derselben sind nichts als allgemeine quiritarische Erwerbungsarten jeder beweglichen Sache überhaupt, Mancipation (hier, weil ein gegenseitiger Kauf zum Grunde liegt, Coemtio [9]) und Usucapion (hier usus [1]) genannt). Die dritte Form der in manum conventio, die confarreatio hat ihren Grund nicht in irgend einer Erwerbungsart, und schon deswegen gehört sie wohl einer andern Quelle an. Sie besteht in einem gemeinschaftlichen Opfer vor zehn Zeugen, wobei feierliche Worte gesprochen werden, und wo auch ein panis farreus vorkommt [2]).

Es fragt sich nun, was erfahren wir über diese drei Arten der in manum conventio, neues aus

6) Leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. §. 2. Comm. I. §. 110, §. 114.

7) Leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. §. 2. Comm. I. §. 139.

8) Ulp. XIX. §. 18. *Dorn. Seiffen* jus femin. ap. Rom. ed. alt. Traj. ad Rhen. 1818, p. 5.

9) Cicero pro Flacco. cap. 34. Servius ad Virg. Georg. lib. I. v. 31. Boethius ad. Ciceron. Top. c. 3. Lib. II.

1) Cicero. l. l. Gellius lib. III. cap. 2.

2) Ulpian. IX. §. 1.

Gajus? Daß uns derselbe von den drei längst bekannten Formen sagt, sie begründeten: alle die strenge Ehe [3]), kann nicht als Lösung irgend eines Zweifels über diesen Punkt gelten, da in Wahrheit das, was Boethius [4]) und Servius [5]) mittheilen, nur durch die coemtio sey die eigentliche Wirkung der Conventio in manum entstanden, schon sehr gut aus Cicero [6]), Tacitus [7]) und Ulpian [8]) widerlegt werden konnte. Wichtiger ist manches einzelne, das wir über die verschiedenen Formen der in manum conventio aus Gajus erfahren.

Was den usus betrifft, so ist von Gajus seine Bedeutung als quiritarische Erwerbungsart, was sich übrigens schon von selbst verstand, recht deutlich ausgesprochen [9]). Daß das Recht des usus aus den zwölf Tafeln komme, daß die Frau, wenn sie die in manum conventio vermeiden wolle, ein trinoctium abwesend seyn müsse, war schon hinlänglich aus Gellius [1]) bekannt. Neu ist nun in Gajus, daß zu seiner Zeit die Form der Ehe durch usus, theils

3) Comm. I. §. 110.

4) ad Cic. Top. cap. 3. Comm. lib. II.

5) Servius l. l. „coemptione vero atque in manum conventione.

6) pro. Flacco. cap. 34. Hier wird der usus mit aufgezählt.

7) Ann. IV. cap. 16. „Quaeque in manum flaminis conveniret."

8) Tit. IX.

9) Comm. I. §. 111, nam velut annua possessione usucapiebatur."

1) Noct. atticae l. III. c. 2. Comm. I. §. 111.

durch Gewohnheit, theils durch ausdrückliche Gesetze vollkommen außer Gebrauch gekommen war [2]). In wie weit positive Gesetze eingewirkt hatten, und welche, bleibt unerörtert. In die Zeit von Cicero bis zu den Antoninen muß diese allmählige Abschaffung durchaus fallen, da Cicero ja von dem usus noch, als von einer zu seiner Zeit geltenden Form spricht [3]).

Eine konsequente Folge des Satzes aber, daß die Frau, wie jede andere bewegliche Sache usucapirt wird [4]), ist nun natürlich die, daß die Frau in jedem Jahr die Usurpation d. h. die Abwesenheit während des trinoctii wiederholen muß. Denn es ist kein Grund vorhanden, warum bei derselben anomalisch das, was mit jeder andern Sache angeht, daß die Usucapion wieder von vorn anfangen kann, nicht vorgenommen werden dürfte; ja daß bei der Frau bona fides gar nicht nothwendig, ja nicht möglich ist, kann nur eine Erleichterung, nicht eine Erschwerung der Usucapion abgeben. Dies sich von selbst verstehende wird nun von Gajus [5]) ausdrücklich

2) Comm. I. §. 111. „Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

3) pro Flacco. cap. 34.

4) Schon aus Cicero. l. l. geht das hervor. Wenn er sagt: „Usu non potuit, nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate diminui."

5) Comm. I. §. 111. „Si qua nollet eo modo in manum mariti conv*enire ut quotan*nis trinoctio abesset atque *ita usum* cujusque anni interrumperet.

ausdrücklich bestätigt: daß der usus übrigens durch die zwölf Tafeln eingeführt ist, giebt gegen die Meinung mancher Schriftsteller [6]), welche behaupten, die laxe Ehe sey erst als Mißbrauch, nach Vernachlässigung der älteren Formen, und weil die Agnaten das Vermögen nicht in eine fremde Familie übergehen lassen wollten, entstanden, einen starken Beweis ab. Also schon zur Zeit der zwölf Tafeln bestand eine freie Ehe, wenn die Usucapion nicht statt gehabt hatte, so wie denn übrigens das Alter der Lehre von der dos, die doch nur bei einer freien Ehe gedacht werden kann, dagegen spricht.

Was die Confarreation betrifft, so erhalten wir durch Gajus die Notiz, daß sie zu seinen Zeiten noch in Gebrauch gewesen sey [7]). Schon aus der lückenhaften Stelle Ulpians [8]) ließ sich entnehmen, daß sie nicht vollkommen unpraktisch geworden. Auch widerspricht dies gar nicht der Nachricht, die Tacitus giebt, schon unter des Tiberius Regierung sey die Ehe durch Confarreation höchst selten gewesen [9]). Früher vielleicht bei allen

6) Dorn. Seiffen. l. l. p. 12 u. 13. Dieser Schriftsteller bildet sich ein, die Usurpation durch die Abwesenheit im trinoctio sey erst später eingeführt, und so habe der ganze usus aufgehört, da doch eine Usucapion an sich nicht denkbar ist, ohne die Möglichkeit, daß sie unterbrochen werde. Wie fast immer hat die richtige Ansicht Grupen de uxore. p. 6.

7) Comm. I. §. 112. quod jus etiam nostris temporibus in usu est.

8) Tit. IX.

9) Ann. l. IV. c. 16. „neque adesse, ut olim eam copiam, omissa confarreandi ad-

patrizischen Ehen ausschließlich anwendbar, als zwischen Patriziern und Plebejern noch kein Connubium statt fand, mußte die Confarreation durch das Canulejische Gesetz allmählig seltener werden; zuletzt allein nur üblich bei den Ehen der höheren Priester, aber auch da gewiß, so lange es noch überhaupt solche gab. Auch nennt Gajus nur die Priester, wenn er davon spricht, daß die confarreatio noch in seiner Zeit gebräuchlich ist [1]). Eben so spricht Servius [2]) nur von den Flamines, bei denen keine andere Form der Ehe möglich sey. Ganz wie Ulpian drückt sich übrigens Gajus über die Form der Confarreation aus. Auch nach ihm ist nothwendig ein Opfer, ein panis farreus, zehn Zeugen und certa verba; jedoch verschweigt er absichtlich das Genauere der Ceremonie (sed *com*plura praeterea hujus juris ordinandi gratia — — — aguntur et fiunt) was vielleicht Ulpian gehabt hat, und wovon uns jetzt Servius [3]) noch immer die einzige Quelle bleibt. Diese Ceremonie ist nach des Tacitus Versicherung äußerst schwierig und verwickelt gewesen:

suetudine, aut inter paucos retenta."

1) Comm. I. §. 112, nam Flamines majores id est Diales Martiales Quirinales ******* sacrorum nisi — — — — confarreatio.

2) ad. Aen. L. IV. v. 104, „quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flaminem et flaminicam, jure pontificio in matrimonio necesse est convenire." *Boethius* l. l.

3) ad. Georg. v. 31. ad. Aen. L. IV. v. 104. v. 374.

die Flamines majores müssen confarreirten Ehen entsprossen seyn.

Weil sie deswegen absichtlich vermieden wurde, hatte sich Augustus schon erlaubt einzelnem aus diesem erzalterthümlichen Institut eine neue Gestalt zu geben [4]).

Was schon früher aus der Natur der Coemtio hinlänglich folgte, daß nämlich eine Mancipation dabei statt gefunden, wird nun durch Gajus ausdrücklich bestätigt [5]). Von den gegenseitigen Fragen aber, deren Boethius als zur Form gehörig [6]) Erwähnung thut, sagt er durchaus nichts. Dennoch kann nicht angenommen werden, daß die Nachricht im Boethius falsch sey, indem auch Cicero von bestimmten, der Coemtion eigenthümlichen Worten spricht [7]), und auch der Umstand, daß die coemtio ein gegenseitiger Kauf war, diese Nachricht gar nicht unwahrscheinlich macht.

Das Wesen einer jeden symbolischen und formellen Handlung aber muß darin bestehen, daß der Grund des Zeichens durch das Zeichen verdrängt

4) Ann. L. IV. c. 16. „accedere ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur, et quando exiret e jure patrio, qui id flaminium apisceretur, quaeque in manum flaminis conveniret. Ita medendum senatus decreto, aut lege; *sicut Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset.*" Weist nicht diese horrida antiquitas ziemlich deutlich auf eine vielleicht etruskische Abstammung der Confarreation hin?

5) Comm. I. §. 113.

6) ad Top. Cic. cap. 3. Comm. L. II.

7) Cicero de oratore I. 56. „nam neque illud est mirandum, qui *quibus verbis coemtio fiat* nesciat, eundem ejus mulieris, quae coemtionem fecerit, causam posse defendere.

wird. Bei der Stipulation ist es gleichgültig, ob Schuld oder Schenkung zu Grunde liegt. Ist so einmal für die Ehe die positive Form der Coemtio aufgefunden, so wird häufig das Symbol auch ohne den Grund statt finden können, den es ursprünglich vertritt, ja es wird, da bei der alleinigen Herrschaft des Zeichens gar nicht mehr nach dem Grund gefragt wird, ein ganz fremdartiger an die Stelle treten können. So befremdet es denn nicht, daß Gajus von einer Art der Coemtio spricht, die conventio in manum begründet aber keine Ehe [8]): in so fern giebt es eine coemtio cum marito und cum extraneo: bei beiden ist die Form, auf die es zur Begründung der manus allein ankommt, gleich: der Grund dagegen höchst verschieden; dort Ehe, hier irgend ein anderer Vortheil, der der Frau daraus entspringt. Beispielsweise führt Gajus [9]) den Fall an, daß die Frau um ihren bisherigen Tutor gegen einen andern zu vertauschen, eine solche coemtio cum extraneo eingehen kann, da sie alsdann dem Manne, den sie zum Tutor wünscht, remancipirt, und von demselben manumittirt wird, jetzt dieser aber tutor fiduciarius der Frau ist. Dies ist jedoch nicht der einzig mögliche Vortheil, den eine coemtio cum extraneo bietet. Nach einer jetzt erst verständ-

8) Comm. I. §. 114. Potest autem coemptionem facere mulier, non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo, *** aut matrimonii causa facta coemtio dicitur, aut fiduciae causa etc.

9) Comm. I. §. 115.

lichen Stelle des Cicero [1]), kann eine Frau auch der auf ihrem Vermögen haftenden sacra durch eine solche Coemtio quitt werden. Am vortheilhaftesten ist es hier, wenn der extraneus zugleich ein senex ist, weil dann die Erhaltung der sacra am wenigsten kostet, da sie mit dem Tode des Greises erlöschen. Sehr gut hatte schon vor Erscheinen des Gajus, Savigny [2]) die Ciceronische Stelle durch eine Scheinehe zu erklären gesucht. Nun ist freilich gar keine Ehe, sondern nur eine coemtio vorhanden; für die Erläuterung der Stelle jedoch ist dieser Unterschied von keiner Bedeutung.

Die coemtio cum extraneo nun scheint lediglich eine Erfindung der Juristen zu seyn. Daß die senes ad coemtiones faciendas auf solche Weise entstanden, sagt Cicero [3]) ausdrücklich, aber es ist nicht wahrscheinlich, daß bloß dieser einzige Punkt ihnen seine Entstehung verdankt. Wäre die coemtio cum extraneo überhaupt keine Erfindung der Juristen, so hätte man auch ohne sie, wo es der Vortheil erheischt hätte, den extraneus einen senex seyn lassen; diese Erfindung wenigstens wäre nicht so weit her, daß sie den bittern Spott Ciceros verdienen

1) pro Muraena C. 12. „Sacra interi re illi noluerunt: horum ingenio senes ad coemtiones faciendas, interimendorum sacrorum causa reperti sunt."

2) Ueber sacra privata: in Zeitsch. f. g. Rwiss. Bd. 2. Hft. 3. S. 396 u. fg.

3) pro Muraena cap. 12.

konnte. Auch das aber ist nicht anzunehmen, daß die Juristen die schon bestehende coemtio cum extraneo bloß auf den Fall des Untergehens der Sacra angewendet hätten, denn dies wäre eben so wenig ungemein auffallend gewesen. Soll der Spott des Cicero also eine Bedeutung haben, so muß man durchaus glauben, die Juristen haben die coemtio cum extraneo im Allgemeinen eingeführt.

Auch schreibt ihnen ja Cicero [4]) eine Art von Tutoren zu, die in der Gewalt der Frauen wären, was augenscheinlich nichts anderes als die coemtio tutelae evitandae causa des Gajus ist. Will jemand die Frau, die er nicht Behufs der Ehe in manu hat, heirathen, so bedarf es nur noch des Consenses, um eine strenge Ehe zu bewirken, denn die Gewalt, abgesehen von der Ehe, ist schon vorhanden; die Ehe aber als solche wird durch bloße Einwilligung begründet [5]). Nicht minder ist es denkbar, daß die Ehe vorangeht, und die conventio in

4) pro Muraena. cap. 12.

5) Dies sagt wohl deutlich genug Comm. II. §. 139. „Idem juris est si cui post factum conveniat, *vel quae in manu fuit nubat;*" diese letzten Worte sprechen von einer coemtio cum extraneo, der nuptiae gefolgt sind; diese nuptiae können lediglich den beiderseitigen Consens zum Grund gehabt haben, denn daß hier der einseitige des Mannes hingereicht hätte, wie z. B. der Vater der Tochter einen Mann aufdringen kann, ist nicht anzunehmen, weil sonst jede Frau durch die coemtio cum extraneo in große Gefahr gekommen seyn würde, indem sich mancher kraft seiner Machtvollkommenheit ihr aufgedrungen hätte.

manum folgt. Gewalt und Ehe sind demnach, dem Begriff nach, vollkommen verschieden. Sie können zwar zugleich durch ein Factum entstehen: eben sowohl aber abgesondert.

Das aber kann niemals die coemtio cum extraneo bewirken, daß die Frau dadurch die Stelle einer filia familias habe: dazu wird erfordert, daß der Grund der manus eine förmliche Ehe sey [6]). Denn daß die Frau in der strengen Ehe filiae loco ist, liegt nicht sowohl in dem Wesen der Gewalt allein, als in dem Zusammentreffen mit der Ehe: deswegen wird die in manu extranei ist, dem Gewalthaber zwar erwerben, ihn aber nicht beerben können [7]). Ueberhaupt hängt diese Art der manus inniger mit dem mancipium zusammen, wie dieses erst begriffen werden kann, wenn von den Gränzen zwischen manus und mancipium gesprochen wird.

Wie die manus eine Ergänzung der patria potestas ist, so ist es das mancipium, rücksichtlich der Gewalt über Sklaven, aber in einem ganz umgekehrten Verhältniß: die manus ertheilt eine Gewalt, wo sonst keine gewesen wäre: es sind eigene Formen da, die sie entstehen machen. Das mancipium ist nichts als die mildere Art einer, ohne dasselbe weit

6) Comm. I. §. 136. „nec interest an in viri sui manu sint *aut* extranei, *quamvis* hae solae loco filiarum habeantur, quae in viri manu sunt." Comm. I. §. 113. „quae enim cum marito suo facit coemtionem (*ut*) aput eum filiae loco sit."

7) Comm. II. §. 139.

strengeren Gewalt; der Form und dem Begriff nach ganz identisch mit der servitus: faktisch in den meisten materiellen Wirkungen davon verschieden. Erst durch Gajus ist uns dieses ganze Institut anschaulich geworden, wenn auch der Name in gar vielen nichtjuristischen und juristischen Quellen in einem solchen Zusammenhang vorkam [8]), daß man darauf hätte aufmerksam werden können. Wir wollen uns damit beschäftigen, mit wenigen Worten das Wesen des mancipium in seiner charakteristischen Bedeutung darzustellen.

Wie der Vater über seine Kinder ursprünglich das jus vitae ac necis hat, so steht ihm natürlich auch die Befugniß zu, seine Kinder als Sklaven zu verkaufen. Dasselbe muß von dem Manne rücksichtlich der Frau gesagt werden, die er in manu hat. Wie wir wissen ist dieses Recht erst von späteren Kaisern abgeschafft, ja in einem Punkte sogar von Constantin

8) In folgenden Stellen hauptsächlich geschieht des mancipii Erwähnung: Livius L. 41. c. 8. „liberos suos quibusquibus Romanis in eam conditionem ut manumitterentur *mancipio* dabant. *Gellius Lib. IV. c.* 3. in cujus manu *mancipioque* alia matrimonii causa foret." Lib. XVIII. cap. 6. „matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu, *mancipioque* aut in ejus, in cujus maritus *manu, mancipioque* esset." Ulpiani Fragm. XIX. §. 18. Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate manu, mancipioque habemus." Eben die Ueberschrift des Titel X. potestate qui in mancipiove sunt. Festus sub voce: deminutus.

wieder hergestellt worden[9]). Daß die dergestalt nach älterem Recht verkauften Kinder sich in völliger Sklaverei befinden, daran ist kein Zweifel: ihre servitus unterscheidet sich durchaus nicht von der der Anderen. Es giebt aber gewisse Zustände in die der Vater oder der Mann, sein Kind oder seine Frau nicht versetzen kann, wenn er sie nicht zuvörderst durch Mancipation veräußert hat[1]). Sollen beide von der Gewalt unabhängig werden, so ist ein Verkauf nothwendig, der formell sich durchaus nicht von der wirklichen Veräußerung zum Sklaven unterscheidet, der aber darin ganz anders, daß weder die Wirkung während der servitus, die gewöhnlich ist, noch daß Zeit der Manumission, oder die Person, an die er den Sklaven verkauft, vom Kaiser abhängt. Mit einem Worte: diese Sklaverei zum Schein, und als Durchgang zur Freiheit oder zu einer besseren Tutel, heißt mancipium, doch ist überhaupt jede Sklaverei darunter zu verstehen, die den Vater oder Mann zum auctor hat, und zum Zweck, daß der Verkaufte weder Sklavendienste verrichten, noch in der Sklaverei verbleiben soll. Die Criterien sind also vorzüglich herauszuheben: das mancipium kann durchaus auf keine andere Weise, als durch Mancipation entstehen, es kann nur den Vater oder den, welchem

9) l. 1. 2. C. de patrib. qui filios suos. (4. 43.)

1) Comm. I. §. 116. — §. 119.

eine manus zusteht, zum Urheber haben [2]), endlich aber bewirkt es niemals materielle Rechte des Herrn, und nur formell ist es mit der servitus identisch. Größtentheils ist diesem Verhältniß das eigen, daß eine obligatio fiduciae dabei statt findet, wie bei jedem depositum und pignus des älteren Rechts [3]).

Prüfen wir nun, nach den eben aufgestellten Criterien, die Fälle eines mancipii, die uns Gajus mittheilt, so werden wir sie genau damit übereinstimmend finden. Es sind folgende drei: wenn aus einer potestas oder manus überhaupt entlassen werden soll, wenn dies geschieht, damit eine Frau andere Tutoren erhalte, und endlich im Fall einer noxa des filiifamilias [4]). In allen diesen Fällen ist der Vater oder coemptionator [5]) Urheber. Mancipa-

2) Daß das mancipium nur den zum Urheber haben kann, der väterliche Gewalt oder manus hat, beweist wohl auffallend der Umstand, daß die Frau, die ihre Tutoren wechseln will, sich nicht gleich in mancipium geben kann, was weit einfacher wäre, sondern erst durch den Weg einer manus cum extraneo, die sonst ganz überflüssig erschiene.

3) Comm. II. §. 60. Der Sklave, der deponirt oder verpfändet, und deswegen nach älterem Recht mancipirt worden, hat zwar das mit dem in mancipio gemein, daß eine fiducia zum Remancipiren statt findet, er ist aber gewiß nicht nach Römischem Sprachgebrauch in mancipio gewesen, sondern viel mehr eigentlicher servus.

4) Comm. I. §. 115, §. 118. §. 136. §. 140.

5) Ein Kunstausdruck, der schon einmal im Ulpian vorkam, und bezweifelt wurde, sich aber jetzt in Gajus sehr häufig findet.

tion ist zur Begründung des Verhältnisses nothwendig, und die servitus ist überhaupt nur zum Schein, denn auch bei der noxae datio muß der Herr den filiusfamilias manumittiren, sobald der Schaden abgearbeitet ist, wie wir schon aus früheren Quellen gewußt haben [6]). Obgleich nämlich in allen diesen Fällen, die in mancipio sich befinden, formell vollkommen servorum loco sind, indem alle Manumissionsarten bei ihnen statt finden [7]), indem sie, als wären sie Sklaven, aus einem Testamente nur irgend etwas erben können, wenn sie zugleich darin freigelassen worden [8]), so fallen doch auf der anderen Seite alle Wirkungen des sklavischen Verhältnisses beim mancipium fort. Weder die Bestimmungen der lex Aelia Sentia noch die der lex Fusia Caninia haben beim mancipium Anwendbarkeit [9]): der in mancipio ist, kann auch ohne daß der Herr es will, censu zur Freiheit kommen [1]): doch findet dies nicht beim Hauskinde statt, das dem Vater remancipirt werden soll [2]); der noxae deditus muß auf jeden Fall so lange in der Gewalt verharren, bis der Schaden abgetragen ist [3]). Das aber ist vorzüglich jedem mancipium gemein, im Gegensatz der Sklaverei, daß man den, der in

6) Leg. Mos. et Rom. Coll. II. §. 3. Nach neuerem Recht findet ja dies sogar bei wirklichen Sklaven statt. §. 3. Inst. de nox. act. (4. 8.)

7) Comm. I. §. 138.

8) Comm. I. §. 123.

9) Comm. I. §. 139.

1) Comm. I. §. 140.

2) Comm. I. §. 140.

3) Comm. I. §. 140.

mancipio ist, auf jede Weise wie einen Freien behandeln muß: sonst steht die Injurienklage gegen den Gewalthaber, wie gegen jeden anderen zu [4]). Beim mancipium wegen noxa findet kein fiduciae judicium statt, d. h. es steht dem Vater nicht zu, zu verlangen, daß der Sohn ihm remancipirt werde. Dies war längst aus der Leg. Mos. et Rom. Collatio bekannt.

Coll. II. §. 3.

Papianus libro definitionum secundo sub titulo de judicatis. Per hominem liberum noxiae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit manumittere cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: *sed fiduciae judicio non tenetur.*

Cujacius [5]) bringt diese Stelle mit Pauli rec. sent. V. I. 1. in Verbindung, worin es heißt, daß kein freier Mensch zum Pfande gegeben werden kann, und meint nun das fiduciae judicio non tenetur stände in der Collatio im Gegensatze zur auctoritas Praetoris, und der Sinn des Ganzen sey der: extra ordinem könne jemand gezwungen werden, den freien Menschen, den er noxaliter erhalten, zu manumittiren, nicht aber durch ein fiduciae judicium, weil ein liberi hominis pignus nicht denkbar sey. Die

4) Comm. I. §. 149. S. Zimmern System der Röm. Noxalklagen S. 119.

5) Obs. L. XIII. cap. 9.

Verwirrung, die in dieser Erklärung herrscht, braucht wohl nicht erst gezeigt zu werden. Richtiger bezieht Pithoeus [6]) auf den Vater das fiduciae judicio non tenetur, und meint: der Herr könne wohl gezwungen werden, zu manumittiren, nicht aber dem Vater zu remancipiren: der Grund, den er anführt, ist freilich sehr schlecht, weil der Herr doch nicht freiwillig manumittire [7]). Vollkommen richtig indessen erklärt diese Stelle Schulting [8]). Nicht wie bei der Emancipation, sagt er, brauche der Herr, der ex causa noxali einen filiusfamilias habe, denselben zu remancipiren, und diese Entgegensetzung der causa noxalis und der Emancipation ist allerdings hier das Eigentliche. Obgleich nun kein fiduciae judicium statt finde, meint Schulting, falle dennoch der filiusfamilias nach der ersten Mancipation an den Vater zurück. Dies letztere aber ist eine Streitfrage, wie wir jetzt aus Gajus wissen.

Eine Parallelstelle nämlich, zu dem eben aus der Collatio mitgetheilten, bietet jetzt Gajus dar.

Comm. IV. §. 79.

Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio d*a*tur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere qui*a* lege XII tabularum cautum sit (*ne aliter filius de po-*

6) Schult. jur. Antej. p. 737.

7) Pithoeus selbst sagt von diesem Grunde: „sed hoc fortasse subtilius est."

8) Schulting. l. l.

testate patris) exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius, ceterique nostrae scholae auctores, sufficere unam mancipationem crediderunt: tres enim lege XII tabularum, ad voluntarias mancipationes pertinere.

Das kann nun durchaus nicht der Sinn dieser Stelle seyn, daß unter den Juristen etwa gezweifelt worden sey, ob ein ex noxali causa mancipirter filiusfamilias, in der Gewalt des Herrn sich befinde, oder nicht, bevor drei Mancipationen vorangegangen, denn daß mit der ersten Mancipation schon vorläufig alle väterliche Gewalt aufhört, und die andere des Herrn anfängt, darüber konnten Römische Juristen wohl keinen Streit haben. Ob aber der filiusfamilias, nachdem der Herr ihn einmal manumittirt hatte, in die Gewalt des Vaters zurückfiel, oder nicht, das konnte dem Herrn völlig gleichgültig seyn. Die Streitfrage ist also nothwendigerweise folgende: wenn der ex noxali causa mancipirte Sohn vom Herrn manumittirt wird, fällt er in die Gewalt des Vaters zurück, und muß er, wie bei dem freiwilligen Emancipiren noch zweimal in mancipio seyn, oder ist hier die Mancipation ex noxali causa hinreichend? für diese letztere Meinung sind die Sabinianer, für die andere die Schüler des Proculus. Schulting hat sich also aus einer Ueberzeugung zu den Proculejanern bekannt, die Stelle des Gajus giebt aber in so fern eine Parallele zur Collatio ab, als es sich aus dem Ga-

jus von selbst versteht, daß der ex noxali causa einen filiusfamilias hat, durch ein fiduciae judicium nicht zur Remancipation angehalten werden kann, denn sonst könnte ja keine Streitfrage darüber entstehen, ob eine dreimalige Mancipation nöthig sey, wenn das feststände, daß remancipirt werden müsse; da ja dies schon eine dreimalige Mancipation voraussetzte.

So viel von dem mancipium, dessen Begriff vor Gajus durchaus fremd war. Zwar hat Unterholzner [9]) unter mehreren sehr guten Bemerkungen über Emancipation auch die gemacht, daß das Verhältniß des filiusfamilias beim Käufer nicht das einer wahren Sklaverei sey. Der Begriff des mancipii ist durch diese Bemerkung indessen durchaus nicht festgestellt, vorzüglich da gerade diese Wahrheit schon eine Pandektenstelle [1]) zur Quelle hat, die Unterholzner zwar nicht anführt, aber worin doch dasselbe mit dürren Worten gesagt wird. Uebrigens ist das offenbar unrichtig, den addictus, d. h. den insolventen zum Sklaven gewordenen Schuldner dafür anzusehen, als gehöre er hierher, als befinde er sich in causa mancipii. Dies läßt sich zur Evidenz bewei-

9) Zeitschr. f. gesch. Rtsw. Bd. 2. Heft 2. S. 158 und folg.

1) l. 3. §. 1. D. de capite minutis (4. 5). „Emancipato filio, et caeteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in *imaginariam* servilem causam deductus. Aliter atque cum servus manumittitur: quia servile caput nullum jus habet: ideo nec minui potest.

sen. Denn auch davon abgesehen, daß Gajus seiner auf irgend eine Weise bei den Entstehungsgründen des mancipii Erwähnung gethan haben würde [2]), findet ja beim addictus eine vollkommen verschiedene Erwerbungsart, die adjudicatio [3]), statt, weswegen er auch an einem anderen Orte von Gajus [4]) adjudicatus genannt wird. Ein mancipium aber ohne vorhergegangene Mancipation ist nicht denkbar. Ferner ist der offenbare Unterschied, zwischen dem addictus und dem, welcher in causa mancipii ist, daß der letztere vom Herrn freigelassen, ein Libertine wird; denn wenn dies nicht wäre, wozu bedürfte es der Remancipation, wozu der fiducia?*) Der addictus dagegen wird nicht Libertine: freigelassen nimmt er niemals den Namen des Patrons an; er behält seinen eigenen, und kehrt zur Gewalt über seine Familie zurück [5]) endlich ist wie Gajus [6])

2) Weder Gellius XX. cap. 1. noch Quinctilian Inst. V. 10. und VII. 3. sprechen beim addictus vom mancipium.

3) Ulp. XIX. §. 16. Auf die drei Theilungsklagen beschränkt sich wohl die Adjudication nicht. S. Gellius XX. 6. 1. Aus dem Worte addictus aber ließe sich sonst auf eine in jure cessio des Schuldners schließen, Ulp. XIX. §. 9., die jedoch auch kein mancipium begründen kann, wenn sie auch sonst bei res mancipi statt findet. In den zwölf Tafeln ist die mancipatio bei der emancipatio durchaus vorgeschrieben (ter *venum duit*).

4) Comm. III. §. 189 „utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant."

*) Unterholzner a. a. O. nimmt ein Patronatrecht ohne Patronat an.

5) Quinct. Inst. or. Lib. VII. cap. 3. „servus cum

jus [6]) selbst sagt, das mancipium größtentheils nur dicis causa da, und die ganze Gewalt ist nur augenblicklich; das Verhältniß des addictus dagegen ist ein gar sehr ernsthaftes, ein Verhältniß, worin, wie sich Calpurnius Rufus [7]) ausdrückt, er vielleicht niemals Freiheit zu hoffen hat, und dessen frühere Härte hinreichend aus Gellius [8]) bekannt ist: mit einem Worte, der Addictus ist trotz aller spitzfindigen Unterscheidungen Quinctilians [9]) ein völliger Sklave, der unter einer bestimmten Bedingung frei werden kann, also in nichts unterschieden von einem jeden statu liber. Nur die einzige Verschiedenheit findet bei ihm statt, daß er manumittirt seinen vorigen Stand wieder einnimmt, und ingenuus bleibt: eine Injurienklage konnte der addictus gewiß nicht gegen den Herrn anstellen, der ihn mißhandelte. Bei dem, welcher sich in mancipio befindet, ist alles umgekehrt, er ist nicht servus, sondern nur servi loco [1]), wenn er aber aus der Gewalt befreit wird, würde er libertinus seyn, wenn nicht eine Remancipation statt findet.

manumittitur fit libertinus, addictus, recepta libertate est ingenuus. Quinctiliani Decl. CCCXI.

6) Comm. I. §. 141.

7) Decl. XIV. „*Addictus nunquam sperat libertatem*, negligenter enim et contumaciter servit, qui servire non norit."

8) noct. Att. lib. XX. cap. 1.

9) Inst. orat. Lib. VII. cap. 3. In so fern er ein statu liber ist, kann er allerdings dem servus entgegengesetzt werden. Comm. III. §. 189.

1) Comm. I. §. 123.

Eben so wenig, wie der addictus, ist aber der in causa mancipii, der wegen eines furti manifesti dem Bestohlenen zugesprochen wird [2]), so wie der auctoratus, welche immer mit dem addictus zusammengestellt werden [3]). Auch wäre es sonderbar, wenn der, welcher wegen eines Verbrechens Sklave wird, in einem Verhältniß sich befinden sollte, das nur dicis causa eingeführt ist. Diejenige Gewalt, welche die Römer mancipium nennen, kann, wir wiederholen es, nur den Vater oder Coemptionator zum auctor haben, und nur in dem einzigen Falle ist sie ernsthafterer Natur, wenn der Grund des mancipii eine causa noxalis ist [4]).

Es bleibt uns nach Feststellung des Begriffs und der Entstehungsgründe der manus und des mancipium, als Analoga der beiden Arten der potestas, nur übrig von den sonstigen Verschiedenheiten der Gewalten zu sprechen, die mit den Worten manus, potestas, mancipium bezeichnet werden, damit

2) Gellius XI. cap. 18. XX. cap. 1.

3) Comm. III. §. 189. §. 199. „sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit." Nach und nach hört der addictus gänzlich auf Sklave zu seyn, und der Gläubiger hat nur eine detentio: dies ist schon zu Gajus Zeiten. In so fern wird er damals schon völlig zu den Freien gezählt. Im justinianeischen Recht ist das ganze Institut nicht mehr.

4) Comm. I. §. 141. Nur die noxalis causa wird hier als die einzige angeführt, wodurch das mancipium nicht dicis causa ist. Würde Gajus nicht auch den addictus, den fur, den auctoratus genannt haben, wenn sie in causa mancipii wären.

ihre Gränzen bestimmter gegen einander hervortreten.

Was das gegenseitige Verhältniß der väterlichen Gewalt und der manus betrifft, so wird folgendes zu bemerken seyn. Die Frau in manu ist, wie schon oben gesagt, zwar filiae loco, aber dennoch keineswegs filiafamilias, ja sie ist gerade, wenn man will, der Gegensatz derselben, materfamilias [5]), obgleich mit dieser Bezeichnung durchaus nicht der Begriff einer hier ja unmöglichen Gewalt, sondern vielmehr der der Ehrerbietung und Würde verbunden ist. Ferner bringt der verschiedene Name der Gewalt über Kinder und Frau, in sich schon einen sehr wichtigen Unterschied hervor. Wer in potestate eines andern ist, kann unmöglich selbst potestas haben: seine Kinder, Enkel, sind in der Gewalt des Groß- oder Urgroßvaters [6]). Anders verhält es sich mit der manus. Von der Schwiegertochter kann nicht gesagt werden, daß sie in manu des Schwiegervaters sey, denn der Entstehungsgrund der manus fand zwischen ihr und dem Schwiegervater nicht statt: sie ist in manu filii; weil dieser aber in einer potestas steht, ist sie mit ihrem Manne in derselben potestas: sie ist also, wenn man sich so ausdrücken will, gleichsam in manu und in potestate zugleich.

5) Cicero Topica cap. 3. *Grupen* uxor Romana. p. 7—13.

6) §. 3. J. de patria pot. (I. 9.)

Ulpianus Fragm. XXII. §. 14.

item uxor, quae in manu est et nurus, quae *in manu est filii*, quem in *potestate* habemus.

leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. §. 2.

item nurus, quae in *filii manu est*.

Comm. II. §. 159.

et nurus, quae *in manu filii est*.

Gehen wir nun zu der Betrachtung über, wie sich das mancipium zur potestas und manus verhält, so werden wir finden, daß bisweilen potestas und mancipium sowohl, als manus und mancipium zusammengestellt werden. Es heißt bei Juristen [7]) und Nichtjuristen [8]), in potestate mancipiove esse, oder auch in manu mancipiove esse, und es frägt sich, was dies überhaupt zu bedeuten habe. Das in potestate mancipiove esse findet sich, so viel ich weiß, nur einmal in der Ueberschrift bei Ulpian, wo von dem Aufhören der väterlichen Gewalt die Rede ist; es heißt hier: qui in potestate mancipiove sunt, quemadmodum eo jure liberentur. In so fern nun bei der Emancipation immer ein mancipium vorkommt, und wer sui juris werden

7) Ulp. Rubr. Tit. X. Comm. IV. §. 80. ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt.

8) Gellius IV. cap. 3. „quae juncta consuetaque esset cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii causa foret." XVIII. cap. 6. „matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque."

will, auch aus diesem mancipium befreit seyn muß, ist die Zusammenstellung an diesem Orte höchst richtig und erklärlich. Anders wie bei der potestas verhält es sich mit der Zusammenstellung der manus und des mancipium: es beruht dies vielmehr auf einer inneren Aehnlichkeit der beiden Gewalten. Ist nämlich die manus durch coemtio entstanden, so liegt ihr eine Mancipation wie dem mancipium zum Grunde; in so fern aber jede Sache, die durch Mancipation übertragen wird, gleichsam in mancipio ist [9]), kann man auch von der Frau, die in manu ist, sagen, sie sey in mancipio. Diese Aehnlichkeit der manus und des mancipium deutet auch Gajus in einem zwar lückenhaften, aber vom Herausgeber durch ein Wort überaus gut ergänzten Paragraphen an.

Comm. I. §. 123.

quidem ****** coemptionem facit **********
********** — — — — * mancipar
********** servorum loco constituuntur: adeo quidem ut *ex ejus testamento*, cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possunt quam si simul eodem testamento, liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum: sed diffe-

9) Cicero Epist. ad Familiares lib. VII. ep. 30. Cicero de harusp. resp. cap. 7. Epist. ad Atticum I. e. 1. Topica cap. 10.

rentiae ratio manifesta est, cum a parentibus, et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur quibus servi, quod non similiter fit in *coemtione*.

Nimmt man die höchst wahrscheinliche Ergänzung des Herausgebers am Ende durch *coemtione* an, wozu der lückenhafte, aber doch zum Theil lesbare Anfang des Paragraphen berechtigt, so will Gajus in dieser Stelle durchaus nichts anders sagen, als die coemtio habe zwar mit dem mancipium die Grundlage der Mancipation gemein: der Unterschied sey aber erheblich, indem bei dem mancipium, die in die Gewalt kommen, in denselben Ausdrücken wie Sklaven veräußert werden, weswegen sie auch nur im Testament manumittirt aus demselben erben könnten: anders verhalte es sich bei der coemtio, wo die Mancipation nicht in solchen Ausdrücken geschehe, weshalb die Wirkung verschieden sey [1].

Am besten läßt sich aber das Verhältniß der drei Gewalten, potestas, manus, mancipium durchschauen, wenn man auf die Art, wie jegliches aufgelöst wird, zurückgeht. Hier fällt nun die Sklaverei mit dem mancipium völlig zusammen, denn hier wie dort bedarf es der üblichen Manumissionsar-

1) Die uxor in manu, wird bisweilen zu den Adoptivkindern gestellt, und mit ihnen den natürlichen entgegengesetzt. So Comm. III. §. 40. „si vero adoptivus filius filiave, vel uxor, quae in manu esset sua heres esset."

ten [2]). Daß jedoch weder die lex Aelia Sentia noch die Furia Caninia hier in Betracht komme [3]), ist schon oben bemerkt worden. Eine andere Frage, die Gajus nicht berührt, möchte aber seyn, wie es sich mit dem mancipium in dem Fall einer unfeierlichen Manumission verhalte. Es scheint mir keineswegs wahrscheinlich, daß hier die Bestimmungen der lex Junia eintreten, und daß ein aus dem mancipium unfeierlich freigelassener, demnach Latinus würde: es ist vielmehr wohl anzunehmen, daß die lex Junia nur auf eigentliche Sklaven beschränkt gewesen, und daß der aus dem mancipium unfeierlich freigelassene, nach wie vor in der Gewalt blieb. Auffallend ist es immer, daß Gajus gar nichts über diesen Punkt sagt.

Eben so wie das mancipium aber als Analogon der Sklaverei ganz mit derselben, wo von der Auflösung der Abhängigkeit die Rede ist, zusammenfällt, stimmt auch die manus hierin mit der väterlichen Gewalt überein. Diese wird gelöst, durch Tod des Vaters, ausgenommen, wenn der entferntere Descendent dadurch in die Gewalt des in der Mitte stehenden kommt [4]); ferner durch Tod des Kindes, durch Verlust der Civität von beiden Seiten aus Strafe (denn ein Peregrine kann weder einen Römischen Bürger in der Gewalt haben, noch

2) Comm. I. §. 138. Ulp. X. §. 2. Comm. I. §. 127.
3) Comm. I. §. 139.
4) pr. J. Quib. mod. I. 12.

umgekehrt darin seyn [5]), durch Gefangenschaft des Vaters oder Kindes, wogegen aber postliminium wieder restituirt [6]), dann durch gewisse Würden, im älteren Recht durch die des Flamen Dialis und der Vestalin [7]), nachdem diese aber durch das Christenthum unmöglich geworden, im neueren durch das Patriciat [8]); endlich durch Emancipation, Adoption und datio in manum. Ganz antiquirt selbst schon zu Gajus Zeit ist die Auflösungsart der väterlichen Gewalt, wodurch die auf Befehl des Vaters in coloniis Latinis verpflanzten Römischen Bürger, Peregrinen wurden, und demnach zugleich aus dieser Gewalt treten mußten [9]).

Von diesen Auflösungsarten der väterlichen Gewalt sind alle, bis auf die durch Adoption und die durch gewisse Würden (denn eine virgo Vestalis kann ja niemals in manu gewesen seyn [1]), bei der manus ebenfalls anwendbar. Ist uns zwar das nicht erhalten, was Gajus

5) Comm. I. §. 128. Ulp. X. §. 3. §. 1. J. h. t. (I. 12.)

6) Comm. I. §. 129. §. 5. J. l. l. Ulp. X. §. 4. Eigentlich hört die väterliche Gewalt gar nicht auf: pendet jus liberorum, ist der eigentliche Ausdruck; wenn der Vater in der Gefangenschaft stirbt, werden die Kinder durch den Tod sui juris. Zu Gajus Zeiten herrschte aber darüber eine Streitfrage, ob die Suität nun vom Tage der Gefangennehmung oder von dem des Todes an zu berechnen sey. Comm. I. §. 129. Die Institutionen entscheiden sich für die erste Meinung. Ulpian hat diese Streitfrage nicht.

7) Comm. I. §. 130. Ulp. X. §. 5.

8) §. 3. J. l. l.

9) Comm. I. §. 131.

1) Gellius I. §. 12.

höchst wahrscheinlich darüber enthielt, so läßt sich doch nach aller Analogie das Gegentheil nicht denken. Der Tod, der Civitätsverlust, die Gefangennehmung des einen oder des anderen Theils, muß manus wie väterliche Gewalt gelöst haben, denn wie diese, ist ja auch manus nur Römischen Bürgern eigenthümlich [2]).

Daß Emancipation die manus sowohl als väterliche Gewalt aufhören mache, wissen wir jetzt indessen bestimmt aus einer zwar lückenhaften Stelle des Gajus, über deren Hauptinhalt aber kein Zweifel obwalten kann. Zuvörderst wird es jedoch nothwendig seyn, über Emancipation im Allgemeinen etwas voranzuschicken.

Daß ein Entlassen aus der väterlichen Gewalt nach den zwölf Tafeln bei Söhnen eine dreimalige Mancipation, eine Remancipation, und eine dreimalige Manumission nothwendig mache, daß alles dies bei den übrigen Kindern nach einer buchstäblichen Auslegung, nur einmal statt zu finden brauche, ist hinlänglich bekannt [3]). Die Art der Manumission ist wie gewöhnlich per vindictam, was auch schon Unterholzner [4]) vorher sehr richtig bemerkt hat; daß jedoch auch andere Manumissionsarten angewendet werden dürfen, lernen wir aus Gajus [5]), so wie, daß man zwar gesetzlich, wo dreimalige Mancipa-

2) Comm. I. §. 108.

3) Ulp. X. §. 1. Comm. I. §. 132. S. Unterholzner a. a. O. S. 162.

4) a. a. O. S. 163.

5) Comm. I. §. 138.

tion nothwendig ist, dreien verschiedenen Personen mancipiren kann, daß es aber üblicher sey, mit einem einzigen dieses Geschäft vorzunehmen [6]). Fragen wir aber nach dem Grunde überhaupt, warum väterliche Gewalt durch einen Scheinverkauf gelöst wird, so scheint mir die einfache Antwort die zu seyn, weil nach Römischen Grundsätzen jedes Aufhören dem Eingehen entsprechen muß. Wie die Stipulation in der Acceptilation, wie der Consens in dem Dissens seine eigenthümliche Auflösung findet, so die quiritarische Erwerbungsart allein wieder in der quiritarischen. War aber connubium auf strenge Weise eingegangen, so war die väterliche Gewalt mittelbar, wenn coemtio oder usus das connubium begründete, durch eine quiritarische Erwerbungsart entstanden: deswegen die Mancipation bei der Auflösung. Dies ist freilich nicht anwendbar, wenn die Ehe farre entstanden war [7]): aber ob die überhaupt in einer confarreirten Ehe gebornen Kinder emancipirt werden konnten, scheint mir selbst problematisch zu seyn. Gewöhnlich beendigte wohl bei diesen der Dienst als Flamen oder Vestalin die Gewalt. Daß Emancipation hier nicht zulässig, darauf scheinen mir zwei Aeußerungen bei Römischen

6) Comm. I, §. 132 „is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii, *set in usu est eidem* — — — — sed hoc in usu est, ut eidem mancipet."

7) auf die freie Ehe, als das seltenere, dürfte in den zwölf Tafeln keine Rücksicht genommen worden seyn.

Schriftstellern hinzudeuten. Gellius [8]) sagt, die könne nicht Vestalin seyn, deren Vater emancipirt worden, wenn sie gleich noch in der Gewalt sich befinde. Dies scheint aber auf das Nichtübliche der Emancipation, bei Kindern aus confarreirten Ehen hinzuweisen. Tacitus [9]) aber spricht ferner von eigenthümlichen Schwierigkeiten, die das Entlassen aus der väterlichen Gewalt bei Kindern aus confarreirten Ehen habe, was doch nicht füglich hätte gesagt werden können, wenn der Weg der Emancipation hier üblich gewesen wäre. Diese Schwierigkeit sogar soll zum allmähligen Aufhören der Confarreation beigetragen haben. Daß übrigens die zwölf Tafeln eine dreimalige Mancipation anordnen, mag wohl seinen Grund darin haben, daß man dem Vater das Recht des Besinnens und Bereuens so lange wie möglich erhalten wollte [1]).

Nicht minder wie die väterliche Gewalt kann aber auch die manus durch Mancipation gelöst wer-

8) Noct. Att. l. I. c. 12.

9) Ann. IV. cap. 16, „accedere ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur, *et quando exiret e jure patrio*, qui id flaminium apisceretur."

1) Wer während der ersten und zweiten Mancipation des Sohnes, diesem Sohne geboren wird, bleibt in der Gewalt des Großvaters. So auch der während der dritten Mancipation geborene, wenn er nur in den ersten beiden concipirt worden; ist dies nicht, so kommt das Kind nicht in die Gewalt des Großvaters, sondern befindet sich mit seinem Vater in mancipio. Nach der Remancipation aber fällt es in die Gewalt des Großvaters zurück. Comm. I. §. 135.

den. Dies geht, wie schon gesagt, aus einer lückenhaften Stelle unseres Gajus hervor [2]), doch, wie alles aufhören muß, so wie es entstanden, kann auch Mancipation nur Auflösungsmittel der manus seyn, die seine Erwerbungsart zur Grundlage hat. Die confarreirte Ehe kann wiederum nur durch Diffarreation [3]) gelöst werden, wenn diese Ehe überhaupt nicht untrennbar ist [4]). Darin unterscheidet sich manus indessen bedeutend von der väterlichen Gewalt, daß diese niemals auf den einseitigen Willen der Kinder, wohl aber jene also gelöst werden kann. Nach dem Zeugniß unseres Gajus [5]) kann die Frau, indem sie dem Manne ein repudium zuschickt, ihn zwingen, sie aus der Gewalt zu entlassen. Auch in diesem Punkte verhält sich also die manus zur väterlichen Gewalt, wie das mancipium zur servitus. Daß übrigens auch bei der Entlassung aus der manus eine Remancipation statt gefunden, ist nicht wahrscheinlich; der Mann hatte kein Recht, wie der Vater über seine geschiedene Frau Patronatsrechte zu behalten; deswegen ist hier aber eine fiducia undenkbar.

Ueber eine solche fiducia scheinen überhaupt vollkommen falsche Begriffe im Gange zu seyn. Gewöhnlich spricht man von einem pactum fiduciae,

2) Comm. I. §. 137.

3) Festus. „Diffarreatio genus erat sacrificii, quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffareatio, quia fiebat farreo libo adhibito.

4) Gellius I. cap. 15. *Gruppen* de uxore Rom. p. 175, 176.

5) Comm. I. §. 137.

das zwischen dem Mancipirenden, und dem, welchem mancipirt wurde, statt gefunden, welches aber, wenn es unterblieben wäre, zur Folge gehabt habe, daß nun dem Vater nicht hatte zurückmancipirt zu werden brauchen. Zu dieser Behauptung hat vorzüglich der westgothische Gajus [1]) den Grund abgegeben. Mir scheint zu dieser besonderen Annahme eines pactum fiduciae durchaus kein Grund vorhanden zu seyn. Schon in dem Scheinverkauf selbst lag die fiducia, wie ich glaube: denn in den Worten pactum und fiducia liegt, wenn man sie zusammenbringt, ein unerhörter Widerspruch. Eine fiducia setzt voraus, daß kein pactum nothwendig, und ein pactum, daß eben keine fiducia da ist. Die Obligation beruht durchaus nicht auf einem Vertrag, sondern darauf, daß, wie beide wissen, nur darum mancipirt wird, damit remancipirt werde. Wird demnach nicht remancipirt, so kann nun ex fiducia auf jegliches Interesse geklagt werden. Einen unmittelbaren Beweis für diese Ansicht bietet die Leg. Mos. et Rom. Collatio II. §. 3. Wenn hier gesagt wird, im Fall einer noxae datio, müsse der Herr zwar manumittiren, er könne aber nicht mit dem fiduciae judicium belangt werden [2]), so ist hieraus wohl vollkommen klar, daß die Römer an ein pactum fiduciae nicht gedacht haben: denn wie könnte hier sonst in dem speziellen Falle gesagt werden, es fände kein fiduciae

1) Epitome I. 6. §. 3.

2) Sed fiduciae judicio non tenetur.

judicium statt? Beruhte dieses auf einem pactum, so käme es ja einzig und allein darauf an, ob ein solches pactum statt gefunden, und daß es nur in bestimmten Fällen statt finden dürfe, wird wohl niemand behaupten wollen, weil es dann wiederum aufhört pactum zu seyn.

Wenn man die Adoption als ferneren Auflösungsgrund der väterlichen Gewalt nennt, so nennt man im Grunde noch einmal die Emancipation, denn drei Mancipationen, oder eine, müssen auch hier vorangehen, um die Gewalt aufzulösen; was nachher folgt bezieht sich auf die Eingehung einer anderen. Schon aus Gellius[3]) war bekannt, daß Behufs der Adoption, nach drei Mancipationen eine in jure cessio folgte: er schon nennt den Vater als denjenigen, von welchem in jure cedirt wurde. Dies erzählt uns nun ebenfalls aber weitläuftiger Gajus[4]). Drei Mancipationen und eine Remancipation geschehen, wie gewöhnlich. Dann vindicirt der pater adoptans vom pater naturalis. Aber auch eine andere Form der Adoption ist vorhanden, wie wir erst aus Gajus[5]) lernen: es braucht nämlich nach der dritten Mancipation dem Vater nicht remancipirt zu werden; der in mancipio hat (also ein anderer, als der pater adoptans), mancipirt vor dem Prätor oder praeses provinciae[6]),

3) noct. Att. V. cap. 19.
4) Comm. I. §. 134.
5) Comm. I. §. 134.
6) Comm. I. §. 134. „sed sane commodius est patri remancipari.

dem Adoptivvater den filiusfamilias: Gajus fügt hinzu, daß die Form der Remancipation, und in jure cessio bei weitem die empfehlenswertheste sey.

Daß die Adoption auch als Auflösungsart der manus angesehen werden könne, ist, wie ich glaube, nicht anzunehmen. Ist eine Frau, die in manu war, mancipirt worden, und dergestalt die Ehe aufgelöst, so findet Remancipation niemals statt, denn der Mann ist dann nicht mehr berechtigt Patron und Tutor der Frau zu werden. Dies hindert aber, daß ein Mann je seine Frau in adoptionem geben könne: denn eine in jure cessio kann nicht statt finden, weil sie dem Manne nicht remancipirt wird, eben so wenig aber eine jure mancipatio, weil der Mann nach der Mancipation, gar kein Recht weiter hat zu bestimmen, was mit ihr vorgenommen werden soll.

Eben so wie durch Emancipation und Adoption, kann aber die väterliche Gewalt durch eine datio in manum gelöst werden. Gajus spricht davon in einem lückenhaften Pararagphen [7]). Die coemtio ist hier zugleich Form des Aufhörens der väterlichen Gewalt, und des Eingehens in die Abhängigkeit vom Manne, denn da ihr eine Mancipation zu Grunde liegt, so kann diese für die Form der Auflösung der Gewalt gelten; Remancipation findet nicht statt, denn der wirklich in die Rechte des Vaters eintretende Mann bleibt nun in denselben. Die coemtio cum extra-

7) Comm. I. §. 136.

neo muß aber eben sowohl die väterliche Gewalt aufhören machen, als die cum marito. Dies sagt uns Gajus ausdrücklich [8]).

Daß, wie bei der väterlichen Gewalt, die datio in manum aber eben sowohl Auflösungsart der manus selbst seyn könne, ist wohl nicht zu bezweifeln. Warum sollte die Mancipation, die die manus aufhören macht, nicht eben sowohl als coemtio zum Vorschein kommen? Statt in das mancipium des anderen Mannes, käme sie nun in dessen manus: darin liegt wohl nichts befremdendes. Auch ermangeln unsere nichtjuristische Quellen solcher Beispiele nicht. Tiberius Nero tritt seine Frau Livia, wie Tacitus [9]) erzählt, dem Augustus ab, so wie der Uticensische Cato nach dem Zeugniß des Plutarch [1]) die seinige, Marcia dem Hortensius.

Wie es mit der hier abgehandelten Lehre im neueren Recht steht, kann in wenigen Worten dargestellt werden. Mit der Mancipation selbst fällt alles dasjenige weg, was auf diese Erwerbungsart sich gründet, coemtio, mancipium, und mit diesem letzteren die ganze Form der alten Emancipation; der usus hatte schon längst durch usus aufgehört, und an die Stelle der Confarreation war die Diffarreation der Nicäischen Kirche getreten. Die Uebergänge und das Verlaufen der alten Symbole in eine andere materielle Rechtsansicht können nicht angegeben werden, denn

8) Comm. I. §. 136.
9) Ann. V. 1.
1) Cato p. 771.

denn es geschieht auf dem Gebiete unserer rechtshistorischen Unwissenheit: den dreimaligen Verkauf ersetzen aber die Vorschriften eines Anastasius und Justinian, und von allen Gewalten brauchen sich die Institutionen, nur noch mit denen über Kinder und Sklaven zu befassen, die sie beide unter dem Namen potestas begreifen.

Vierte Scholie.

Ueber Tutel.

Gaji Comm. I. §. 142—200.

Erbrecht und Tutel werden durchweg im Römischen Recht als zwei einander begleitende Institute angesehen, das erstere als der Vortheil, dem das letztere als eine Last zu entsprechen hat [1]). Der Grund dieser Zusammenstellung ist in den zwölf Tafeln zu finden, in dem Ausspruch: uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto." Bezieht sich dieser Satz zwar nur auf das Testament, so ist in Ermangelung eines solchen kein Grund vorhanden, warum nicht Erbrecht und Tutel, auch auf anderen gleichmäßigen Grundsätzen beruhen könnten; und so verhält es sich in der That. Dreierlei Weise giebt es, wie die Verlassenschaft auf andere übergehen kann, durch Testament, ab intestato, und wenn keins von beiden ausreicht, durch Caducität, an den Fiscus. Diesen drei Arten des Erbrechts entsprechen

1) pr. J, de leg. Patr. tut. (I. 17,) „Quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet.

eben so viele Arten der Tutel, die testamentarische, die tutela legitima, welche nichts ist, als die Tutel der Intestaterben, und endlich die Prätorische, in Ermangelung der beiden vorigen, welche vollkommen mit der Caducität beim Erbrecht zusammenfällt.

Löhr [2]) hat in einer trefflichen Abhandlung über Tutel und Curatel, nach älterem Recht in der Tutel mehr ein Recht der Vormünder, als einen Vortheil der Unmündigen finden wollen. Erst nach neuerem Recht, soll durch Zerstörung aller Agnationsverhältnisse, der Begriff der Last den sie für den Tutor habe, und des Vortheils für den Unmündigen hineingelegt worden seyn. Diese Ansicht scheint nur halb wahr: das Bedürfniß den Pupillen oder die Frau zu schützen, ist gewiß zunächst dasjenige, was die Tutel (wie es ihr Name schon andeutet) hervorrief. Indem aber in dem Schutz durch andere eine Beeinträchtigung der Agnaten möglich war, sollten diese sich zugleich mitschützen und Tutoren seyn. Auch das Erbrecht ist häufig Recht und Pflicht zugleich, wie z. B. im Fall eines heres necessarius. Uebrigens paßt der Begriff eines Rechts nur höchstens auf die tutela legitima; die tutela testamentaria, und praetoria läßt sich nicht damit vereinigen. Wäre die Tutel als solche mehr Recht als Pflicht, so würde die testamentarische Tutel ja nicht den Vorzug vor

2) Grollmann und Löhr Magazin Bd. 3. S. 1—16.

der Agnatentutel haben können, und in diesem Punkte die Analogie des Erbrechts keineswegs eintreten. Einen Beleg für die Richtigkeit der eben gegebenen Ansicht bietet jetzt Gajus. Wo er von der Weibertutel spricht, meint er es sey hierzu kein Grund vorhanden, weil ihr vermeintlicher Leichtsinn mehr scheinbar als wahr sey; nur die tutela legitima über Weiber, könne rücksichtlich des Vortheils vertheidigt werden, den die Tutoren selbst davon ziehen [3]). Hieraus folgt aber klar genug, daß die Tutel im Allgemeinen lediglich zum Vortheil des der Vormundschaft bedürfenden eingeführt worden, und daß die tutela legitima allein in so fern eine Ausnahme von allen übrigen Arten mache, als mit ihr zugleich ein besonderes Recht der Agnaten in Verbindung gebracht worden ist.

Eine Definition der Tutel, wie sie zum Beispiel die Institutionen [4]) nach Servius geben, hat Gajus nicht, er geht sogleich zu den drei Arten der Tutel über, die er einzeln durchgeht, und zwar sowohl in Betracht auf Unmündige als auf Weiber. Bei der Agnatentutel handelt er von der capitis deminutio, als von dem einen Grunde ihres Aufhörens; eingeschaltet ist die Lehre von der optio tutoris, von der cessio tutelae und von der tutela fiduciaria. In wie viel genera und species indessen die Tutel einzutheilen sey; darüber giebt er keine eigene An-

3) Comm. I. §. 190. §. 191. §. 192.

4) pr. J. de tut. (1. 13.)

ſicht, ſondern referirt nur, daß die Meinungen hierüber ſehr getheilt ſeyen, indem einige fünf, wie Quintus Mucius, andere drei, wie Servius Sulpicius, andere zwei mit Labeo, und wieder andere endlich ſo viele genera annähmen, als überhaupt species ſeyen [5]). Was Gajus unter genus und species verſteht, erhellt hieraus nicht; am richtigſten iſt jedoch die Anſicht, welche wahrſcheinlich Labeo gehabt hat, die nämlich, nach der es nur zwei genera giebt, die Tutel über Unmündige und Weiber, und welche alle andere Eintheilungen zu species dieſer zwei Hauptarten macht. Wir wollen zuerſt etwas über das Verhältniß dieſer beiden Hauptarten im Allgemeinen vorausſchicken, dann aber zu ihrer Eintheilung insbeſondere übergehen.

Die Tutel über Unmündige und Weiber iſt gleich alt. Zwei Arten derſelben, die tutela testamentaria und legitima ſchreiben ſich aus den zwölf Tafeln her [6]). Löhr [7]) hat neulich, und zwar ſchon nach

5) Comm. I. §. 188. „Ex his apparet quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species deducantur longa erit disputatio: nam de ea re valde veteres dubitaverunt, nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus, et in edicti interpretatione, et in his libris, quos ex Quinto Mucio feci-mus, hoc solum tantisper sufficit admonuisse quod, quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius, alii tria, ut Servius Sulpicius, alii duo ut Labeo, alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.

6) Ulp. XI. §. 3. §. 14.

7) Magazin. 3. Bd. S. 418.

Erscheinen des Gajus, die Behauptung aufgestellt, daß die testamentarische Tutel, auch nach den zwölf Tafeln für Weiber nicht anwendbar gewesen, daß vielmehr erst nach ganz vernichteter Bedeutsamkeit der Geschlechtstutel die testamentaria tutela für Weiber hervorgegangen. Bewiesen soll dies seyn durch die tutoris optio; diese könne nämlich nur dadurch erklärt werden, daß der Mann gern seine Frau der legitima tutela entziehen wollen: hätte nun die testamentarische Tutel zur Zeit der optio tutoris schon bestanden, so wäre diese letztere unbegreiflich unnütz gewesen, noch viel unbegreiflicher aber ihre Beschränkung auf die strenge Ehe [8]).

Die augenscheinliche Falschheit dieser Ansicht durch innere Gründe zu widerlegen, wäre wenigstens überflüssig, wo das deutliche Zeugniß unseres Gajus in positiven Worten uns dieser Mühe überhebt. Wo Gajus von der testamentarischen Tutel spricht, setzt er hinzu: „Ei quae in manu est proinde ac filiae, item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti tutor dari potest [9]);" dann aber fährt er fort: „in persona tamen uxoris, quae in manu est recepta est *etiam* tutoris optio [1])." Beweist dieses *etiam* nicht hinreichend, daß die tutoris optio nur als eine Modification der testamentarischen Tutel, also später als diese entstanden? Ist es ferner nicht undenkbar, daß die tutoris optio, welche doch auf

8) Magazin. a. a. O. p. 419 — 421.

9) Comm. I. §. 148.

1) Comm. I. §. 150.

einem Recht, im Testament Tutoren zu ernennen beruht, früher da gewesen seyn solle, als dieses Recht selbst? Mit eben demselben Rechte könnte Löhr behaupten, die optio legati sey älter als das Legat selbst. Das einzige Unbegreifliche ist, daß man es unbegreiflich finden kann, wie bei der Möglichkeit testamentarischer Tutel, eine tutoris optio dennoch für die Frau wünschenswerth gewesen, oder wie sie sonst auf die strenge Ehe beschränkt geblieben seyn könnte, da doch in der freien Ehe der Mann der Frau gar keinen Tutor ernennen durfte [2]).

Steht es aber fest, daß die testamentarische Tutel für Weiber sowohl als Unmündige statt findet, und zwar für beide Arten gleich alt ist, ferner, daß der Begriff der Tutel für beide Arten derselbe ist, nämlich ein zum Schutz sowohl der Schwächen des Alters, als des Geschlechts eingeführtes Institut, daß nur die Agnatentutel über beide nebenbei zum Recht wird (was jedoch nur zufällig entsteht), so folgt von selbst, daß der juristischen Bedeutung nach, durchaus kein Unterschied zwischen Tutel der Unmündigen und Weibertutel aufzufinden ist. Nur die

2) Savigny hatte, freilich vor Erscheinen des Gajus, behauptet (Zeitschrift f. g. Rtsw. Bd. 3. Hft. 2. S. 333): die testamentarische Tutel finde überhaupt bei Weibern nicht statt, selbst nicht in den späteren Zeiten. Da dieser Ansicht auf eine nicht zu bezweifelnde Weise durch Gajus widersprochen wird, so hat sie Löhr modificirt, als sey sie für die älteren Zeiten wahr vorgetragen, wozu aber eben so wenig Grund vorhanden ist.

Dauer der Tutel und faktische Zufälligkeiten bringen eine Verschiedenheit zwischen beiden hervor. Von der ersten soll jetzt, von der anderen kann erst unten gesprochen werden.

Die Tutel der Unmündigen endigt mit der Pubertät. Daß über den Zeitpunkt der Pubertät eine Streitfrage unter den beiden Schulen geherrscht habe, wußten wir schon lange aus Ulpian [3]) und den Institutionen [4]). Die Cassianer ließen die Pubertät mit der wirklichen Mannbarkeit, die Proculejaner mit dem bestimmten Alter von 14 oder 12 Jahren anfangen, eine dritte Meinung des Priscus vereinigte beide. Unsere Kenntniß dieser Streitfrage erhält durch Gajus [5]) einen bedeutenden Zuwachs, indem wir erfahren, daß bei den spadones auch seine Schule auf das festgesetzte Alter gesehen hat; daß sich übrigens die Majestät Justinians für die Proculejaner, der unkeuschen Ocularinspectionen wegen, entschieden [6]), ist hinlänglich bekannt. Im Gegensatze der tutela impuberum, ist die Weibertutel eine immerwährende, die nur mit der Frau selbst aufhört, oder mit einer anderweitigen potestas über dieselbe [7]). Während die eingetretenen Jahre der Pubertät die Tutel der Unmündigen aufhören machen, ändert jene in dem Zustande des Frauenzim-

3) XI. §. 28. T.

4) pr. J. Q. M. f. (I. 22.) Hugo Rechtsgesch. S. 642.

5) Comm. I. §. 197.

6) pr. J. quib. M. F. f. (I. 22.)

7) Livius L. 34. cap. X. 2.

mers durchaus nichts. Sie verbleibt in derselben Tutel [8]). Erst die lex Julia und Papia Poppaea befreit die Frauen, die das jus liberorum haben, von der Tutel [9]). Daß die Vestalinnen, wie in keiner Gewalt, so auch in keiner Tutel seyn können, wird ebenfalls von Gajus [1]) bestätigt, da uns zum Theil diese Notiz schon aus früheren Quellen [2]) bekannt war, zum Theil sich aber von selbst verstand.

Gehen wir nun dazu über, wie viel Entstehungsgründe für beide Hauptarten der Tutel über Unmündige sowohl, als Weiber, zu finden sind, so müssen wir zuvörderst bemerken, daß Ulpian und Gajus hier vollkommen verschiedene Eintheilungen haben. Ulpian läßt alle Tutel überhaupt entstehen, legibus, senatusconsultis und moribus [3]). Zu den ersten rechnet er die testamentarische, die Agnaten- und Patronstutel, endlich die Tutel aus der lex Atilia und der lex Julia und Titia, so wie die aus der lex Julia, wenn der eigentliche Tutor ein Pupille ist [4]), und die Tutel über Latinen aus der lex Junia.

8) Comm. I. §. 145.

9) Comm. I. §. 145. Der Titel bei Ulpian de Tutelis schließt gerade mit dem Anfange dieser Notiz: „feminae autem tutela liberantur" *****. Doch war sie schon aus dem Fragm. v. Jurec. §. 17. hinlänglich bekannt. Conf. Plutarchus Numa, cap. 10.

1) Comm. I. §. 145.

2) Plutarchus Numa, cap. 10. Gellius I. §. 12.

3) XI. §. 2. Tutores aut legitimi sunt, aut senatusconsultis constituti, aut moribus introducti.

4) Ulpian XI. §. 3—21.

Hieran reiht Ulpian die Tutelen, welche Senatusconsulte zu Entstehungsgründen haben, wenn statt eines tutor, der furiosus oder mutus ist, ein anderer zur Constituirung einer dos interimistisch gegeben wird, so wie an die Stelle des Tutors, der selbst Pupille, abwesend, oder verdächtig ist [5]), dann folgt endlich der Fall, wo nach Gewohnheitsrecht ein Tutor bestellt wird, wenn der eigentliche Tutor in gewisse Rechtsgeschäfte mit dem Pupillen selbst verwickelt wird [6]). Ganz abweichend von dieser Anordnung, die die Tutelen nach den Rechtsquellen, aus denen sie hervorgegangen, klassificirt, theilt Gajus die Tutel mehr nach der Machtvollkommenheit ein, aus welcher und nach der Ordnung, in welcher jemand Tutor werden kann, und in so fern kennt er drei Hauptarten, die testamentarische Tutel (bei welcher er nicht einmal erwähnt, daß die zwölf Tafeln Quelle sind), die tutela legitima des Agnaten und des Patrons, und die Tutel aus der lex Atilia und Julia et Titia. Nur nebenbei spricht er von den Tutelen, die durch Senatusconsulte und Gewohnheit entstanden sind, ohne jedoch dieser letzteren Quelle zu gedenken, und mehr ihren Charakter als interimistische Tutelen hervorhebend [7]). Wir wollen uns in unserer Darstellung an die Eintheilung des Gajus halten, die auch die Institutionen mit ihm thei-

5) XI. §. 21—24.

6) XI. §. 24.

7) Comm. I. §. 173—185.

len, weil sie an die wichtigeren und entscheidenderen Momente geknüpft ist.

Was nun zuerst die testamentarische Tutel betrifft, so ist oben, und zwar aus Gajus gezeigt worden, daß sie sowohl für Unmündige als für Weiber galt, und zwar für beide gleich alt war; eine Modifikation der Testamentstutel für Weiber ist nun die tutoris optio, die uns zwar aus einer Stelle des Livius [8]) schon bekannt war, deren genaueren Charakter uns aber erst Gajus mittheilt, nachdem eine Menge von Hypothesen und Streitfragen über diese tutoris optio geherrscht hatte, die nun sämmtlich durch Gajus beseitigt werden. Noch in der neuesten Zeit hatte Savigny [9]) den tutor optivus für einen vom Prätor ernannten Vormund gehalten, wobei nur die Frau das Präsentationsrecht hatte, also für einen tutor ex lege Atilia. Diese Ansicht, welche viele Juristen theilten, wird nun vollkommen durch Gajus widerlegt, indem nach ihm der tutor optivus in nichts von jedem anderen Testamentstutor verschieden ist, als daß er hier vom Manne, dort kraft der Erlaubniß des Mannes von der Frau selbst ernannt wird [1]). Die Frau kann demzufolge für alle ihre Angelegenheiten, oder auch nur für einzelne, einen Tutor wählen, und je nachdem ihr eine

8) Livius L. XXXIX. c. 19. cantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur dativi, qui ex optione sumuntur optivi."

9) Zeitschr. f. g. Rechtsw. Bd. 3. Heft 3. S. 339.

1) Comm. I. §. 154. „Vo-

optio angusta oder plena gestattet worden, kann sie die Wahl so oft wiederholen, als es ihr namentlich erlaubt ist, oder wenn es unbestimmt gelassen, so oft sie überhaupt will [2]), doch scheint selbst im Fall einer optio plena, die Unbeständigkeit der Frau durch Sitte beschränkt gewesen zu seyn, was aus den Worten des Gajus: „potest semel et bis et ter et *saepius* tutorem optare," hervorgeht. Das saepius heißt unstreitig hier nichts anders als: sogar öfter wie dreimal, was denn eine ungebundene Wahl durchaus ausschließt. Es könnte aber noch gefragt werden, ob, wenn die Frau ihren Tutor ver-ändern will, eine bloße Willenserklärung derselben hinreicht, oder ob ebenfalls dazu eine coemtio cum extraneo und eine anderweitige Mancipation erfor-derlich sey? Mir scheint dies letztere nicht nothwen-dig, weil Gajus, wo er von dem tutor optivus spricht, der tutela fiduciaria keine Erwähnung thut, und in so fern scheint allerdings die einseitige Be-stimmung der Frau den bisherigen Tutor entfernt, und einen anderen an die Stelle gesetzt zu haben. Ehe man durch Gajus den bestimmten Begriff der tutela fiduciaria hatte, betrachtete man die tutoris optio allgemein als eine Erfindung der Juristen, und als diejenige Art der Tutel, von der Cicero [3]) spottweise in der Rede pro Muraena spricht. Daß

2) Comm. I. §. 150, §. 155.

3) pro Muraena, cap. 12. „hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur."

Cicero nun nicht die tutoris optio, sondern eben die fiduciaria tutela gemeint habe, ist wohl jetzt außer allem Zweifel. Die tutoris optio ist gar nicht Erfindung der Juristen, sondern hat das Gewohnheitsrecht zur Quelle, was aus den Worten des Gajus folgt: *recepta* est etiam tutoris optio [4]).“

Uebrigens versteht sich das Recht tutoris optio zu gestatten von selbst. Wer überhaupt die Befugniß hat im Testament einen Tutor zu ernennen, der kann ja auch das Recht dieser Ernennung auf andere übertragen, und somit auch auf die bevormundete Frau selbst. Daß die tutoris optio nur bei der Testamentstutel des Mannes, nicht bei der des Vaters üblich war, was schon Savigny [5]) vor Erscheinen des Gajus sehr richtig bemerkt hat, hat wohl den Grund, weil der Vater weniger die Freiheit seiner Tochter, als der Mann die seiner Frau zu berücksichtigen hatte.

Außer dieser Berichtigung unserer Begriffe über die tutoris optio erfahren wir noch etwas aus Gajus über die Form der testamentarischen Tutel. Der Tutor mußte in eben so bestimmten und vorgeschriebenen Worten, wie der Erbe ernannt werden: sonst war die Ernennung ungültig. So wie bei dem Erben nur diese Form der Einsetzung üblich war: heredem esse jubeo, heres esto, jede andere aber ungültig [6]), so ist bei der Tutel das tutorem do, tu-

4) Comm. I. §. 150.
5) a. a. O. S. 341.
6) Comm. II. §. 117.

tor esto, das allein Nützliche [7]). Diese Formen kommen auch nur allein in den Pandekten [8]) vor, woraus auf ihre ausschließliche Anwendbarkeit hätte geschlossen werden können. Auch eines Streits gedenkt Gajus noch, der zwischen den beiden Schulen, rücksichtlich der Form der testamentarischen Tutel statt gefunden; die Sabinianer meinten, es könne kein Tutor vor der heredis institutio im Testamente ernannt werden. Entgegengesetzter Ansicht war die Schule des Labeo [9]). Die Institutionen [1]) entscheiden sich, wie fast immer für die Meinung der Proculejaner.

Gehen wir nun von der testamentarischen Tutel zur tutela legitima über, so wird zuvörderst die Nachricht, die wir schon früher hatten [2]), bestätigt, daß die tutela legitima über Weiber durch die lex Claudia aufgehoben worden sey.

Comm. I. §. 157.

Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet (*agnatorum*) tutelas

7) Comm. I. §. 149. II. §. 289.

8) l. 8. §. 3. D. de testam. tutela (26. 2.) l. 33. eodem.

9) Comm. II. §. 231. Hugo Rechtsgeschichte S. 641.

1) §. 3. J. qui dari tutores testamento possunt. (I. 14.)

2) Ulp. XI. §. 8. l. 3. C. de leg. tut.

sustulit. Itaque masculus quidem impubes fratrem puberem, aut patruum habet tutorem: feminae vero talem habere tutorem non possunt.

Die Emendation, die Cujacius [3]) im Ulpian XI. §. 8. machte, indem er statt lex Claudia sustinet, lex Claudia sustulit setzte, wird nun vollkommen bewährt durch Gajus: daß aber die Absicht der lex Claudia, wie Savigny [4]) behauptet hat, bloß auf Befreiung der mündigen Frauen von der ihnen lästigen Agnatentutel gegangen sey, und daß nur zufällig durch einen zu allgemeinen Ausdruck der lex, dies auch von der Agnatentutel über unmündige Weiber verstanden worden ist, ist eben so unbewiesen geblieben, als nun diese Ansicht vollkommen aus der obigen Stelle des Gajus widerlegt wird. Die Absicht der lex Claudia war allerdings, daß jede Agnatentutel bei Weibern aufhören solle [5]): erst Constantin stellte das alte Recht nicht gegen den Buchstaben, sondern gegen den Geist der lex Claudia in so fern wieder her, als von ihm an, die Agnatentutel über unmündige Weiber wieder eintrat [6]).

Wie wir schon aus Ulpian [7]) wußten, findet

3) Obs. XXVI. cap. 7.

4) a. a. O. S. 345. 346.

5) Comm. I. §. 157. „feminae vero talem habere tutorem non possunt."

6) l. 2. C. Theod. de tut. et curat. (3. 17.)

7) Tit. XI. §. 7. 8.

bei der tutela legitima über Weiber das statt, daß die Tutel einem anderen in jure cedirt werden kann, der cessicus tutor heißt. Gajus [8]) hat statt cessicus, cessicius, was sprachgemäßer zu seyn scheint. Der cessicius tutor ist in jeder Hinsicht nur Stellvertreter des eigentlichen Vormundes. Stirbt er, oder erleidet er eine capitis deminutio, so fällt die Tutel an den in jure cedirenden wieder zurück. Eben so bleibt die Tutel, wenn der tutor legitimus stirbt, oder capite deminuirt wird, nicht bei dem cessicius tutor: sie fällt an den nächsten legitimus [9]). In so weit stimmt Gajus vollkommen mit Ulpian überein. Bei Ulpian findet sich indessen noch ein Grund mehr, wodurch die Tutel von dem cessicius tutor zum legitimus zurückkehrt, als Tod und capitis deminutio, der nämlich, wenn der cessicius tutor selbst die Tutel wieder einem Anderen weiter in jure cedirt [1]). Noch könnte gefragt werden, ob bloß die Tutel über mündige Weiber, oder auch über unmündige cedirt werden konnte. Gajus und Ulpian sprechen unbedingt von jeder Tutel über Weiber, und in so fern muß man annehmen, daß auch die Tutel über unmündige Weiber cedirt werden konnte, um so mehr, da der Grund, den Gajus für die Nichtexistenz der cessitia tutela bei der legitima

8) Comm. I. §. 170.

9) Ulp. l. l. Comm. I. §. 168 — 170.

1) Ulp. XI. §. 7. sive alii tutelam cesserit. (fehlt bei Schulting.)

gitima tutela pupillorum anführt [2]), daß diese, weil sie mit der Pubertät aufgehört hätte, nicht lästig gewesen sey, bei der unmündigen Frau wegfällt, weil sie ihren Tutor nicht zu wechseln brauchte, sondern den sie als Unmündige gehabt hatte, als tutor sexus beibehielt. Die lex Claudia, indem sie alle Agnatentutel über Weiber überhaupt aufhebt, vernichtet in dieser Rücksicht die cessicia tutela im Allgemeinen [3]), so daß sie nur noch bei der legitima patronorum tutela allein übrig bleibt: aber daß Constantin einen Theil der Agnatentutel über Weiber wieder herstellte, läßt nicht voraussetzen, daß nun auch die cessicia tutela wieder eintrat; denn es kann zwar bei unmündigen Weibern nach altem Recht die Tutel in jure cedirt werden, doch nur in Rücksicht darauf, daß die Tutel immerwährend ist: hört die Tutel über Weiber aber ebenfalls mit der Mündigkeit auf, so ist nun bei Weibern derselbe Grund für das Nichteintreten einer cessicia tutela vorhanden, den Gajus zu seiner Zeit für Pupillen anführt.

Was bei ingenuis die Agnaten sind, das sind bei Freigelassenen, die keine Agnaten haben können (ausgenommen, wenn sie in adoptionem oder in manum gegeben werden), der Patron und seine Kinder. Wie alle Agnaten den Namen derselben gens haben müssen, so auch der Patron und seine Freige-

2) Comm. I. §. 168.

3) Ulp. XI. §. 8. Comm. I. §. 171.

gelassenen. Deswegen nimmt er in der Intestaterbfolge des Libertinen dieselbe Stelle ein, wie der Agnat in der des ingenuus. Was vom Erbrecht gilt, gilt aber nicht minder von der Tutel [4]). Wenn also auch die zwölf Tafeln über die Tutel der Freigelassenen nichts bestimmt haben, so kann mit Recht vom Erbrecht der Patrone darauf geschlossen werden [5]). Eben so aber wie dem Patron über den libertinus civis Romanus, steht auch Erbrecht, und was daraus folgt, Tutel, demjenigen zu, dessen Sklave durch die Manumission nur Latinus geworden. Hier ist die legitima patronorum tutela gleich der Ordnung nach die erste, da ja eine testamentarische unmöglich ist. Diese Notiz, die wir schon aus Ulpian [6]) hatten, findet sich jetzt in einem lückenhaften Paragraphen des Gajus [7]) wieder. Daß der

4) Comm. I. §. 165. „crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eas pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse jusserit.

5) pr. J. de leg. Patr. tutela (I. 17).

6) Tit. XI. §. 19. „lex Junia tutorem fieri jubet Latinae, vel Latinis impuberibus eum, cujus etiam ante manumissionem ex jure Quiritium fuit."

7) Comm. I. §. 167. „Set Latinarum et Latinorum *** ************** — — — — ********************** **** ******* *ante manu*missionem ex jure Quiritium ***** si*t* in bonis *********** — — — — *** po*t*est *********** ********************** *tu*-*te*l*a tibi competit ********** ******************** itaque si ab eo, cujus et in bonis et ex jure Quiritium *** ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinet.

Herr aber den Sklaven ex jure Quiritium gehabt haben müsse, sagt schon Ulpian. Der bloß in bonis hat, kann, wenn ihm auch das Vermögen des Sklaven jure peculii (nicht jure hereditario) zufällt, dennoch keine Tutel erlangen, denn diese setzt ein dem Agnationsverhältniß analoges Recht voraus, das doch, wie jenes selbst, nur quiritarisch seyn darf. Wer aber einen Sklaven ex nudo jure Quiritium hatte, kann keine Tutel erlangen, weil er überhaupt gar nichts vom und durch den Sklaven erwerben kann [8]); in so fern muß beides beim Latinen vereinigt seyn, man muß ihn ex jure Quiritium und in bonis zu gleicher Zeit gehabt haben.

Bei der patronorum legitima tutela ist aber einzig und allein der Ort, etwas von dem Begriff und dem Wesen der fiduciaria tutela einzuschalten, die uns erst dadurch vollkommen klar wird, und die sich zur patronorum tutela verhält, wie das mancipium zur servitus. Was wir von dieser fiduciaria tutela aus den Institutionen und Theophilus wußten, beruhte darauf, daß die Geschwister eines emancipirten Kindes, die nach dem Tode des Vaters zur Tutel gelangten, fiduciarii tutores hießen; der Vater war gleichsam als Patron tutor legitimus, die Kinder des emancipirenden Vaters, wurden aber nicht, wie die des manumittirenden Herrn als

8) Comm. III. §. 166.

9) Tit. J. de fiduciaria tutela (I. 19).

tutores legitimi betrachtet [9]). Eben so kann aber nach Theophilus [1]) der Vater und Vaterbruder tutor fiduciarius werden. Zwar war schon aus Ulpian [2]) bekannt, daß der manumissor eines Freien, der in mancipio war, ebenfalls so heiße [3]), doch brachte man beides nicht so in Uebereinstimmung, daß daraus der vollständige Begriff der fiduciaria tutela hervorgegangen wäre. Jetzt wird durch Gajus jede Dunkelheit gehoben, die früher über dieser ganzen Lehre schwebte. Wie das mancipium ein Analogon der Sklaverei ist, so bildet die Freilassung aus demselben ein Analogon des Patronats. Wie aber in dem Verkauf zum mancipium die fiducia liegt, es werde der Käufer sein formelles Recht als Herr des Sklaven nicht gebrauchen, so ebenfalls die fiducia, er werde, wenn er durch Manumission Patron werden sollte, seine Patronatsrechte nicht ausüben; er ist dominus fiduciarius, patronus fiduciarius, und, wenn er als solcher tutor wird, tutor fiduciarius. So heißt der Tutor, den eine Frau statt ihres bisherigen tutor legitimus zu haben wünscht [4]), und deswegen die Reise durch eine manus cum extraneo und durch ein mancipium an-

1) Theoph. ad. h. t. J. - qui fiduciarius tutor appellatur."

2) XI. §. 4. „Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente vel a *coemptionatore* manumisit per similitudinem patroni, tutor efficitur ***.

3) Thibaut civ. Abhandl. S. 295.

4) Comm. I. §. 115.

treten muß; so heißt endlich jeder manumissor aus dem mancipium [5]), also nicht minder der, welcher ex causa noxali in mancipio hatte. Ein solcher tutor fiduciarius hat formell alle Rechte des Patrons: er könnte die Tutel einer Frau in jure cediren [6]), sie könnte ihn nicht zwingen bei einem Testamente, bei Veräußerung einer res mancipi, auctoritas zu interponiren: aber factisch darf er alles dieses nicht ausüben, sonst würde er ex fiducia obligirt seyn. Stirbt der tutor fiduciarius, so treten auf jeden Fall seine Kinder in die tutela fiduciaria ein, ganz nach Analogie der Kinder des Patrons.

In so fern nun beim emancipirenden Vater eine vollkommene Manumission statt findet, wird er auch Patron des Emancipirten. Erlangt er als solcher die Tutel, so kann diese nicht tutela fiduciaria genannt werden, denn das Patronat des Vaters ist kein Quasipatronat, der Vater erlangt vielmehr nicht allein formell, sondern auch materiell alle Rechte des Patrons: zwischen ihm und dem Sohn waltet keine fiducia ob, daß er davon keinen Gebrauch machen solle.

5) Comm. I. §. 166.

6) Daß dies eine Streitfrage gewesen sey, lernen wir aus Gajus, und zwar deswegen, weil der tutor fiduciarius sich selbst der Last unterzog. Comm. I. §. 172. „Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae jus non habere cum ipsi se oneri subjecerint, quod etsi placeat." Also Gajus scheint dieser Ansicht nicht gewesen zu seyn: dies folgt aus dem etsi placeat.

Comm. I. §. 172.

in parente tamen, qui filiam, neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur remancipatamque manumisit idem dici *non potest cum non fiduciarius sed* legitimus tutor habeatur et non minus huic quam patronis honor praestandus est.

Stehen aber nun dem emancipirenden Vater nicht weniger Rechte als dem Patron zu, so kann doch dasselbe nicht von seinen Kindern gesagt werden. Treten diese gleich nach dem Ableben desselben in seine Rechte, so bringt es doch das Verhältniß der Brüder unter einander mit sich, so wie der Umstand, daß hier weder Agnations- noch Respectsverhältniß existirt, daß die nicht emancipirten Brüder des aus der Gewalt entlassenen Haussohns keineswegs als Patrone, sondern nur als Quasipatrone angesehen werden dürfen, denn daß der Vater als wirklicher Patron galt, lag auch daran, daß es unbillig gewesen wäre, den manumittirenden Vater schlechter als den manumittirenden Herrn gestellt zu wissen. Wenn also auch die Brüder mit dem Ableben des Vaters, in dessen Gewalt sie zur Todeszeit noch waren, alle Patronatsrechte desselben, und also auch formell die Tutel erlangen, so liegt nicht minder, wie bei dem Herrn des mancipium das Vertrauen zu Grunde, daß sie faktisch von den Rechten, die die Tutel der Patrone mit sich führt, keinen Ge-

brauch machen werden. Deswegen heißt diese Tutel aus denselben Gründen tutela fiduciaria. Mit nicht minderem Recht kann aber dasselbe von dem Onkel und Vater gesagt werden, die die Tutel des Neffen oder des eigenen Kindes, nach dem Tode des emancipirenden Großvaters, wie Theophilus angiebt, übernehmen. Existiren hier gleich Respects-Verhältnisse, so ist doch kein Grund vorhanden, warum ihre Tutel, wie die der Kinder des Patrons eine wirkliche tutela legitima seyn soll, was nur ausnahmsweise bei dem manumittirenden Gewalthaber statt findet, auch sie haben nur fiduciaria tutela [7]).

Demnach wäre der Begriff der fiduciaria tutela, wie wir sie bisher aus den Institutionen, Theophilus und Ulpian kannten, jetzt aber genauer aus Gajus, überall ein und derselbe: die Tutel des Quasipatrons und seiner Kinder, wobei zugleich die fiducia herrscht, es werde von allen Rechten, die in der Patronatstutel liegen, kein Gebrauch gemacht werden. In so fern kann nun die oft aufgeworfene Frage [8]), warum diese tutela, fiduciaria heiße, kaum mehr in Anregung gebracht werden. Daß die Ansicht sie von einem ihr immer vorangehenden pactum fiduciae abzuleiten, hier vollkommen falsch sey, und die Seichtheit der Gründe Justinians diese Tutel zu erklären, hat zuletzt mein trefflicher Lehrer Thi-

7) Comm. I. §. 175. Tit. J. de fid. tutela I. 19. Theoph. ad. h. t.

8) *Donnellus* Comm. l. 3. cap. 6. *Cujacius* op. Tom. 9. p. 558.

baut [9]) auf vorzügliche Weise, wie gewöhnlich, dargethan. Justinian konnte aber auch keinen richtigen Begriff der tutela fiduciaria geben, wenn er den einen zu seinen Zeiten, nicht mehr statt findenden Entstehungsgrund, das mancipium, unberührt lassen wollte.

Wo keine tutela testamentaria und legitima statt hat, da ernennt in Rom der Praetor urbanus mit dem größten Theil der Volkstribunen einen Tutor nach der lex Atilia, in den Provinzen der Praeses nach der späteren lex Julia und Titia. Dies war längst aus den Institutionen [1]) und Ulpian [2]) bekannt: jetzt haben wir in Gajus [3]) eine andere Quelle derselben Notiz. Wann die lex Atilia gegeben worden sey, ist stets höchst zweifelhaft gewesen: nur so viel glaubte man mit Gewißheit behaupten zu können, daß sie älter als das Jahr 566 der Stadt sey, weil in diesem Jahre Livius [4]) der Freigelassenen Fecennia Hispala einen Tutor durch den Prätor und die Volkstribunen geben lasse [5]). Soll diese Stelle des Livius aber als entscheidend gelten, so muß man annehmen, daß vor der lex Atilia überhaupt, vom Prätor gar kein Tutor er-

9) Civ. Abhandl. S. 295. und S. 291 u. fg.

1) pr. J. de Atiliano Tutore. (I. 20.)

2) XI. §. 18.

3) Comm. I. §. 185.

4) Livius L. XXXIX. cap. 9. „quia in nullius manu erat tutore a tribunis et praetore petito."

5) Schulting jur. Antij. p. 600. Cujacii observ. Lib. VII. obs. 11.

nannt wurde, was denn Löhr [6]) noch in der neuesten Zeit behauptet, wogegen indessen Hugo [7]) einige sehr gute Einwendungen gemacht hat. Es scheint mir nämlich ebenfalls die nothwendige Voraussetzung Löhrs [8]) keineswegs wahrscheinlich, daß vor der lex Atilia diejenigen Pupillen oder Weiber, die weder einen testamentarischen tutor noch einen tutor legitimus hatten (wozu allerdings die Gentilen zu rechnen), nun ganz von Tutel entblößt gewesen seyn sollen. Wie sich vielmehr eine solche tutela dativa vor der lex Atilia, die durchaus anzunehmen ist, zu der lex Atilia selbst verhalten, das soll hier darzustellen versucht werden.

Wenn man von der lex Atilia behauptet, erst durch sie sey die Tutel des Prätors eingeführt, so ist dies nur in so fern richtig, als von einer beständigen Tutel über alle Angelegenheiten des Mündels die Rede ist. Vor der lex Atilia fand dieses nicht statt, und in diesem Sinn kann man mit Löhr [9]) sagen, die Weiber und Pupillen blieben, in Ermangelung eines tutor testamentarius oder legitimus sich selbst überlassen. Aber für jedes einzelne Rechtsgeschäft, das der Pupill, oder die Frau unternehmen wollte, mußte ein Tutor gegeben werden, um es durch seine Auctorität vollgültig zu machen.

6) Magazin a. a. O. S. 421.

7) Rechtsgeschichte. S. 118, 119.

8) a. a. O. S. 4 u. 5.

9) a. a. O. S. 3.

Nicht minder wurde wohl in Ermangelung eines Tutors, ein anderer zur gestio bestallt, so oft etwas zu verwalten war. So lange noch Gentilen waren, und daher zur tutela legitima berufen wurden, durfte so etwas selten vorkommen, die tutela legitima reichte gewöhnlich aus [1]). Doch sind die Spuren eines solchen außerordentlichen Tutors, wie ich ihn nennen möchte, im Römischen Recht sehr alt. Am ältesten mag wohl der Tutor seyn, den Ulpian [2]) moribus entstehen läßt, im Fall nämlich, wo der eigentliche Vormund in einer legis actio mit dem Mündel verwickelt war, und in eigener Sache nicht auctor werden konnte. Dafür zeugt schon das Alter der legis actiones selbst, so wie die Art, auf welche Gajus von diesem Tutor spricht.

Comm. I. §. 184.

Olim [3]) cum legis actiones in usu erant etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat.

Einen Hauptbeweis aber für das Alter dieses außerordentlichen Tutors bietet der Name desselben dar: er heißt nach Ulpian Praetorianus, nach Gajus Praetorius tutor, und zwar aus dem Grunde, wie beide angeben, weil er vom Praetor urbanus ernannt wurde [4]). Nun würde dieser Name uner-

1) S. Savigny Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 3. H. 3. S. 333.

2) XI. §. 24.

3) Dieses deutet durchaus auf ein hohes Alter dieser Tutel hin.

4) Ulp. Tit. XI. §. 24.

klärlich seyn, da ja alle interimistische Tutoren vom Praetor urbanus ertheilt werden [5]), wenn man nicht annimmt, diese Tutel sey die älteste aller einstweiligen Tutelen überhaupt, und der Tutor habe deswegen den Namen Praetorianus κατ' ἐξοχην erhalten, weil er zur Zeit der einzige Tutor gewesen sey, der vom Praetor ernannt worden [6]).

Dieser ersten interimistischen Tutel folgten nun aber recht bald viele andere nach; ein Senatusconsult, das keinen weiteren Namen führt, und also wohl den Zeiten der Republik angehört, läßt der Frau deren eigentlicher Tutor abwesend ist, einen andern einstweilig ertheilen [7]). Dieses findet jedoch bei der ordentlichen Vormundschaft des Patrons nur in zwei Fällen statt, wenn die Frau eine Erbschaft antreten oder eine Ehe eingehen will [8]). Die lex

„quia a Praetore Urbis dari consuevit." Comm. I. §. 184. „Quia a Praetore urbano dabatur."

5) Ulp. XI. §. 20, 21, 22, 23.

6) Ulpian läßt diese Tutel noch zu seiner Zeit eintreten, bei jeder legis actio und jedem legitimum judicium zwischen dem ordentlichen Tutor und dem Pupillen: Gajus spricht von der Tutel, als lediglich für die legis actiones eingeführt, und aus dem lückenhaften Ende des Paragraphen scheint das hervorgehen zu wollen: es hätte zwar den Anschein als höre diese Tutel nach aufgehobenen legis actiones auf; indessen wäre sie jetzt noch in legitimis judiciis in Gebrauch. Wenn Ulpian also von legis actiones spricht, so kann er nur diejenigen meinen, die in seinen Zeiten noch praktisch sind.

7) Ulp. XI. §. 22. Comm. I. §. 173.

8) Ulp. XI. §. 22. Comm.

Julia de maritandis ordinibus läßt der Frau zur Constituirung einer dos, durch den Prätor einen Tutor bestellen, wenn sie unter der Agnatentutel eines Pupillen steht, der natürlich sein Vollwort nicht ertheilen kann [9]): dieses wird durch ein Senatusconsult auf die Provinzen [1]) und auf den Pupillen, der nicht Agnat, sondern Sohn des Patrons ist, ausgedehnt [2]). Eben so soll nach einem Senatusconsult, zur Constituirung einer dos ein Tutor ernannt werden, wenn der eigentliche Vormund wahnsinnig oder stumm ist [3]). Dieses ist aber, wie Gajus [4]) ausdrücklich sagt, nicht auf den Patron und seine Kinder auszudehnen. Endlich ist aber eine außerordentliche Tutel anzuordnen, wenn der gewöhnliche Tutor als verdächtig oder rechtmäßig entschuldigt von der Tutel entfernt worden, und zwar ebenfalls aus einem Senatsschluß [5]).

Das Verhältniß dieser außerordentlichen Tutelen zu den ordentlichen scheint folgendes zu seyn:

I. §. 174. §. 176. Gajus spricht nur von Antretung der Erbschaft, während Ulpian auch die dos nennt.

9) Ulp. XI. §. 20. Comm. I. §. 177, §. 178, §. 179.

1) Ulp. XI. §. 20. „sed postea senatus censuit ut etiam in provincia quoque similiter a Praesidibus earum ex eadem causa tutores dentur."

2) Ulp. XI. §. 22. Comm. I. §. 177.

3) Ulp. XI. §. 21. Comm. I. §. 180.

4) Comm. I. §. 181. „Quibus casibus salvam manere tutelam patrono patronique filio manifestum est."

5) Ulp. XI. §. 23. Comm. I. §. 182.

da wo bloß von der auctoritas bei einzelnen Rechtsgeschäften die Rede ist, hört die außerordentliche Tutel auf, sobald dieses beendigt ist. Anders verhält es sich mit der Tutel wegen Abwesenheit, Verdächtigkeit oder bei rechtmäßiger Entschuldigung des ordentlichen Tutors. In den beiden letzten Fällen tritt der vom Prätor gegebene Tutor vollkommen an die Stelle des bisherigen nun völlig ausscheidenden [6]), und in so fern hören diese Tutelen auf einstweilig zu seyn. Im Falle der Abwesenheit könnte es zweifelhaft scheinen. Zwar sagt Gajus, der erste ordentliche Tutor höre sofort auf Tutor zu seyn (quo petito prior desinit [7]), doch beweist wohl der gleich folgende Nachsatz: „nec interest, quam longe aberit is tutor," daß nur ein Aufhören der Tutel, während der Abwesenheit, nicht ein gänzliches Verlieren der Tutel gemeint ist [8]), was vollends ja bei der Agnatentutel gar nicht möglich wäre.

Von größerer Wichtigkeit ist aber nun die Frage, wie sich diese außerordentlichen Tutelen zu der ordentlichen aus der lex Atilia oder Julia et Titia verhalten. Die Frauen und Pupillen nämlich, die weder einen tutor testamentarius noch legitimus haben, sollen vom Praetor urbanus und dem größten

6) Ulp. XI. §. 23. „in locum ejus alius detur." Comm. I. §. 182.

7) Comm. I. §. 173.

8) Bei dem tutor suspectus sagt Gajus nicht desinit tutor esse, sondern quo dato prior tutor amittit tutelam.

Theil der Volkstribunen einen Tutor für alle ihre Angelegenheiten erhalten, doch nicht nur, wenn überhaupt kein Vormund da ist, sondern auch, wenn eine Bedingung oder ein sonstiges Hinderniß den ordentlichen Tutor einzutreten abhält, wird interimistisch aus den leges Atilia, und Julia und Titia ein Vormund ernannt, der Tutor zu seyn aufhört, sobald der ordentliche Vormund die Tutel zu übernehmen im Stande ist [9]). So gewähren also diese Gesetze ordentliche und außerordentliche Tutelen zugleich. Daraus folgt aber klar genug, daß die lex Atilia jünger seyn müsse, als die meisten der Senatusconsulte, wodurch eine außerordentliche Tutel constituirt wird, denn wäre die lex Atilia älter, so könnte leicht die Frage entstehen, wozu es der einzelnen Gesetze zur Errichtung von außerordentlichen Tutelen bedurft hätte, da ja schon ohnehin aus der lex Atilia der Prätor dazu verbunden gewesen wäre. Zwar ließe sich einwenden, es gehe die lex Atilia nur auf die Fälle, wo gar kein Tutor da sey (si cui nullus omnino tutor sit [1]), und die interimistische Tutel, die sie erzeuge, beziehe sich auch lediglich auf solche Umstände, wo zwar ein Tutor ernannt, aber in Wahrheit gar nicht vorhanden ist, doch glaube ich, würde dies mehr scheinbar als wahr seyn. Der Fall des Wahnsinns, und der Abwesenheit des Vormunds, ist

9) Comm. I. §. 186, §. 187, §. 1. 2. J. de Atiliano Tutore (I. 20).

1) Comm. I. §. 185.

wohl rücksichtlich des Mündels völlig gleichbedeutend mit der Gefangenschaft in feindlicher Gewalt, und hätte die lex Atilia existirt, so wäre nicht abzusehen, warum nicht im Fall der Abwesenheit und des Wahnsinns, aus ihr ein Tutor hätte ernannt werden können. Den allerschärfsten Beweis aber, daß ein Tutor ex lege Atilia nicht allein dann eintritt, wenn überhaupt gar kein anderer Vormund vorhanden, sondern auch, wenn statt der zu erwartenden testamentarischen Tutel, vor der Hand eine legitima eintreten könnte, bietet eine Stelle Ulpians dar.

l. 11. D. de test. tutela (26. 2). Ulpianus libro 37. ad Sabinum.

Si quis sub conditione, vel ex die tutorem dederit, *medio* tempore alius tutor dandus est, quamuis legitimum tutorem pupillus habeat. Sciendum est enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare.

Ist die lex Atilia aber jünger als die meisten der Senatusconsulte, welche außerordentliche Tutelen anordnen, weil diese sonst nicht nöthig gewesen wären, so ist es auf der anderen Seite höchst wahrscheinlich, daß sie nicht viel älter seyn könne, als die lex Julia und Titia; denn daß ein bedeutender Zwischenraum zwischen dem Bedürfniß solcher Dativtutelen in Rom, und in den Provinzen gewesen seyn sollte, ist nicht denkbar, ja es ist fast glaublich, daß in den Provinzen, wo die Möglichkeit der Agnaten-

tutel nicht so stark war als in Rom selbst, die Noth-wendigkeit der Dativtutel noch häufiger eingetreten seyn müsse. Demnach würde aber die lex Atilia in die letzte Zeit des Cicero, also nicht gar lange vor der lex Julia und Titia zu setzen seyn; keineswegs aber dürfte sie den Regulus zum Urheber haben, wie auf eine schon in sich unwahrscheinliche Weise behauptet worden ist [2]).

Einen unmittelbaren Beweis der eben gegebenen Ansicht, daß die lex Atilia nicht so alt sey, als man gewöhnlich annimmt, bietet ferner, wie ich glaube, eine Stelle der Topik des Cicero dar, die höchst unverständlich gar vielen Erklärungen unterworfen worden, und auch durch unseren Gajus an Deutlichkeit keineswegs gewonnen hat.

Topica. cap. 4.

Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam diminuit non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari, adjungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

Ohne uns auf die älteren, durchaus nicht zum Zweck führenden Erläuterungen dieser Stelle einzulassen, soll hier bloß das kurz berührt werden, was in der neueren Zeit zur Erklärung dieser Stelle ver-

sucht

2) St. Pighius in Ann. ad ann. CCCCLX.

sucht worden. Hoffmann[3]) meint also zum Ziel zu gelangen. Als die Testamente noch in calatis comitiis gemacht wurden, hätten die Frauen schon der Form wegen nicht testiren können; diese Möglichkeit sey durch das testamentum per aes et libram eingetreten, aber nur der Form nach. Materielle Hinderniße hätte die Frau immer dadurch gefunden, daß sie entweder in potestate, manu oder in der Tutel gewesen sey. Potestas und manus hätten dies natürlich wiederum ganz unmöglich gemacht, auch die Tutel zum Theil, wenn sie strenger Art gewesen, wohin er die legitima und testamentaria zählt, nicht so wenn sie eine gelinde war, worunter die tutoris optio und die Dativtutel (beides nach ihm Erfindungen der Juristen) zu rechnen. Aber diese gelinde Tutel hätte immer eine capitis deminutio vorausgesetzt, wie sich dieses bei der tutoris optio von selbst versteht, weil sie nur der Mann bei strenger Ehe habe gewähren können; aber auch die Dativtutel setze eine capitis deminutio voraus, weil, wenn die väterliche Gewalt oder manus durch Tod gelöst worden, immer die Agnatentutel eingetreten sey, den einzigen Umstand ausgenommen, wenn deren keine vorkommen, der wegen seiner Seltenheit nicht in Betracht kommen könne.

Savigny[4]) hat gegen die Hoffmannsche

3) Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 3. Heft 3. S. 314 — 321.

4) Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. Band 3. Heft 3. S. 330.

Erklärung eingewandt, daß es sehr unwahrscheinlich sey, eine strenge und laxe Tutel anzunehmen. Aber so wie Gajus [5]) uns die legitima tutela den anderen entgegensetzt, indem hier der Tutor zur Auctorität gezwungen werden kann, nicht aber dort, giebt es nicht allein in facto, sondern auch dem juristischen Begriff nach, allerdings eine strenge und eine laxe Geschlechtstutel [6]). Die Erklärung, die Savigny [7]) substituirt, ist folgende. Das Testament einer Frau muß auctore tutore gemacht seyn: fehlt diese auctoritas, so ist das Testament ungültig. Nun giebt es bei Frauen überhaupt gar keine testamentarische Tutel: die obrigkeitliche Tutel konnte von Cicero wegen ihrer Seltenheit mit Stillschweigen übergangen werden: also bleibt nur die tutela legitima übrig. Die Agnaten aber und Patrone werden niemals ihre Auctorität hergegeben haben; also konnte eine Frau eigentlich niemals testiren. Diese Schwierigkeit habe durch eine capitis deminutio gehoben werden können, nämlich durch die manus, indem der unnatürlichen Abhängigkeit wegen, eine Tutel der nächsten Agnaten, nämlich der Kinder über ihre Mutter, wahrscheinlich nicht zugelassen worden, nun aber ein

5) Comm. I. §. 190. 191. 192.

6) Savigny selbst erkennt ja einen solchen Unterschied an, wenn er S. 333 meint, man könne ohne praktischen Irrthum sagen: Frauen die in einer tutela legitima stehen, können kein Testament machen.

7) a. a. O. S. 332. u. fg.

obrigkeitlicher Tutor, oder was dasselbe sey, ein tutor optivus habe eintreten müssen, der natürlich kein Interesse habe, die Frau am Testiren zu hindern: daraus sey aber der Ausdruck erklärt: „si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit."

Löhr [8]) hat sehr treffend gegen diese Erklärung eingewandt, daß erst der Beweis zu geben sey, Kinder hätten über ihre Mutter keine Tutel haben dürfen [9]), daß wenn dieses selbst erwiesen wäre, ja die Tutel der anderen Agnaten möglich gewesen, daß es aber ferner unglaublich sey, Cicero habe in einer Topik den tutor ex lege Atilia mit Stillschweigen übergehen können. Es bedarf dieser Widerlegung aber nicht einmal. Dadurch daß, wie wir aus Gajus wissen, die Savigny'sche Annahme, daß es gar keinen testamentarischen Geschlechtstutor gebe, nicht richtig ist, fällt diese Erklärung von selbst. Was Löhr [1]) jedoch an die Stelle zu setzen geglaubt hat, scheint ebenfalls nicht haltbar und in sich widersprechend zu seyn. Nachdem er es nämlich unglaublich gefunden, daß, vorausgesetzt alle Weiber dürften überhaupt testiren, und nur faktisch seyen Hindernisse bei einigen da, Cicero, ohne auf dieses faktische von der Fähigkeit unabhängige Hinderniß hinzudeuten, dem einen Theile der Weiber die Fähigkeit ab,

8) Magazin a. a. O. S. 414.

9) Uebrigens ist eine solche Annahme gar nicht mehr nöthig, da die tutela optiva keine Tutel aus der lex Atilia ist.

1) a. a. O. S. 415.

dem anderen habe zusprechen können, erklärt er die Stelle so. Weiber hätten, als solche, zu Cicero's Zeit überhaupt keine testamenti factio gehabt, theils weil die zwölf Tafeln sie nur dem paterfamilias gegeben hätten (was längst durch Erb widerlegt ist), theils ihrer eigenthümlichen Stellung wegen, theils aber weil sie doch kein Testament zu Stande gebracht hätten (also wiederum das faktische, welches ja ausgeschlossen werden soll). Dieses Verhältniß habe bis zur tutela Atiliana fortgedauert, und zwar den Gentilen zu Ehren, nachher sey aber tutoris optio und fiduciaria tutela eingetreten, die den Gentilen ihre Ansprüche entzogen, und die Tutoren in die Hände der Weiber gaben; von nun an seyen Weiber in solcher Tutel zu testiren fähig geworden, und von diesen Weibern sage Cicero, sie könnten testiren; alle anderen könnten es nicht. Löhr will anfangs beweisen, in dem faktischen (d. h. in der Tutel) habe es nicht gelegen, daß Weiber nicht hätten testiren dürfen; vielmehr sey dieses, abgesehen von jeder Tutel, schon an sich Rechtssatz: und hinterher soll dennoch dieses durch einige eigene Arten der Tutel geändert worden seyn; das heißt aber mit anderen Worten, weil der Vormund es erlaubte: also ist es wiederum nicht Rechtssatz, daß Weiber nicht testiren dürfen, denn sonst könnte ja die Erlaubniß des Tutors dem nicht abhelfen [2]). So ist also diese Be-

2) Daß es mit einemmale Rechtssatz werden soll, weil

hauptung ein unauflöslicher Widerspruch, und nun im Grunde die Stelle gar nicht erklärt, auch davon abgesehen, daß die Annahme, Weiber hätten zu Cicero's Zeit im Allgemeinen nicht testiren können, überhaupt unrichtig zu seyn scheint. Nicht zu gedenken, daß Gajus [3]) geradezu das Gegentheil sagt, können auch Stellen des Cicero [4]) gegen diese unbegründete Hypothese angeführt werden. Selbst in der vorliegenden Stelle der Topik wird keineswegs das gesagt, was Löhr behauptet, indem gar nicht davon gesprochen wird, ob eine Frau testiren könne, sondern daß keine bonorum possessio gegeben werde, wenn sie ein Testament gemacht habe.

Wo aber die Bemühungen so bedeutender Männer die obige Stelle des Cicero zu erklären fruchtlos gewesen sind, muß der folgende Versuch so gewagt erscheinen, daß nur der Umstand, daß man der Wissenschaft auch Versuche schuldig ist, ihn zu entschuldigen vermag. Die eigenthümliche Schwierig-

andere und zwar neue Tutoren da sind, ist doch wohl nicht anzunehmen.

3) Comm. II. §. 113, §. 121, §. 122.

4) In der Rede pro Flacco cap. 34. kommen folgende Stellen vor: „Quod cum esset uxor ejus Valeria intestato mortua." „Quid? ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt? Wenn aber von einer Frau gesagt wird, sie sey intestato gestorben, so setzt das voraus, sie könne auch nicht intestato sterben, d. h. mit Hinterlassung eines Testaments. Ueberhaupt hat Löhr für seine Behauptung auch nicht ein Zeugniß aufgeführt.

keit nämlich, die sich der sonst scharfsinnigen Erklärung von Savigny entgegensetzt, ist, daß man die testamentarische Tutel, und die tutela ex lege Atilia nicht beseitigen kann, indem auch bei beiden ohne capitis deminutio die Tutoren gezwungen werden können, ihre Auctorität zu interponiren. Was die testamentarische Tutel betrifft, so kommt nur die des Vaters in Betracht, denn bei der des Mannes ist capitis deminutio ohnehin Bedingung. Nehmen wir nun an, wie oben aus anderen Gründen dargethan worden, die Tutel aus der lex Atilia habe, zur Zeit als Cicero die obige Stelle der Topik niederschrieb, noch gar nicht existirt, wie dies doch durchaus einmal gewesen seyn muß, weil noch kein einziger Fall vorhanden, wo es an Gentilen gefehlt hätte, so bliebe nur noch die testamentarische Tutel, und zwar die des Vaters zu beseitigen übrig. Nun ist es mir nicht denkbar, der Vater werde je über seine Tochter einen anderen Tutor im Testamente eingesetzt haben, als wiederum den legitimus. Wie schon oft von anderen bemerkt worden, ist es Römischem Geiste und Römischer Ansicht durchaus fremd, auf irgend eine Weise zuzugeben, daß das Vermögen der Weiber in eine andere Familie übergehe; deswegen werden testamentarische Geschlechtstutelen der Väter immer den legitimus berücksichtigt haben. Dergestalt aber würde die Frau, die in der tutela testamentaria ihres Agnaten war, nicht besser daran gewesen seyn, als in der tutela legitima desselben Mannes.

Zwar sagt Gajus [5]), jeder Tutor bis auf den legitimus könne zur auctoritas gezwungen werden; daß dies jedoch auch nicht der Fall sey, wenn der Agnat selbst tutor testamentarius ist, steht wohl zu vermuthen, da ja dieser Satz nicht der tutela legitima, sondern des Agnaten wegen eingeführt ist. Daß aber der Fall eines gänzlichen Mangels an Agnaten und Gentilen zu Cicero's Zeit noch niemals vorgekommen, muß durchaus vorausgesetzt werden.

Cicero will also weiter nichts sagen, als: wenn eine Frau ohne ihren Tutor ein Testament macht, so giebt der Prätor keine bonorum possessio, wenn ihr Vormund ein Agnat ist, wohl aber in jedem anderen Falle, d. h. im Fall einer tutela optiva und fiduciaria. Beide Fälle können aber nur durch capitis deminutio herbeigeführt werden. So verstanden, hat aber diese Stelle der Topik eine vollkommene Parallelstelle in unserem Gajus.

Comm. II. §. 121.

Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est: item ad feminarum, quae ideo *non* utiliter testat*ae* sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutae non sint: an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint haec constitutio pertineat vide-

5) Comm. I. §. 190, §. 191, §. 192.

bimus. §. 122. Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt; sed de his, quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri, alioquin parentem et patronum sine auctoritate ejus facto testamento non summoveri palam est.

Wir kommen von dieser Episode wiederum zum Faden unserer Untersuchung zurück. Also auch die Stelle des Cicero bietet einen, wenn auch indirekten Beweis dar, daß die Tutel aus der lex Atilia weit jünger seyn müsse als man gewöhnlich anzunehmen pflegt. Zwar steht nun noch immer die Stelle aus Livius (39. 9) entgegen, wo die Freigelassene Fecennia Hispala sich einen Tutor vom Prätor und von den Volkstribunen erbittet, welche Form gerade als bei der lex Atilia vorkommend bezeichnet wird. Es ist indessen eben so wahrscheinlich, daß bei jeder Dativtutel diese Form die übliche war, und in so fern kann sich die Stelle des Livius auf eine außerordentliche Tutel beziehen, welches um so wahrscheinlicher wird, weil Livius sonst wohl die lex Atilia genannt haben würde.

So viel von den drei Hauptarten der Tutel, und den außerordentlichen Vormundschaften. Ueber die Art, wie die Tutel aufhört, ist noch Einiges nachzuholen. Gemeinschaftliche Aufhebungsarten sind natürlich, Tod des Tutors oder Mündels, capitis deminutio maxima und media, und eine von den

drei Gewalten, in welche das Mündel sich begiebt, so wie Entsetzung und rechtmäßige Entschuldigung. Was bei der Tutel über Unmündige die Pubertät ist, das ist bei der Geschlechtstutel das jus liberorum nach der lex Julia et Papia Poppaea, das von allen Arten der Tutel, sey diese legitima, Atiliana, fiduciaria, befreit [6]). Eine eigenthümliche Auflösungsart der tutela legitima ist aber die capitis deminutio minima des Tutors, und dieses giebt Gajus, Ulpian und den Institutionen Gelegenheit, an diesem Orte von der capitis deminutio im Allgemeinen zu sprechen.

Jede Aenderung die mit dem caput vorgeht, heißt capitis deminutio [7]). Daß eine solche Aenderung minutio heißt, hat darin seinen Grund, weil in jeder Veränderung nothwendig ein Aufgeben des vorigen Zustandes liegen muß. Ob man wiederum ein caput dafür gewinne, kommt nicht in Anschlag, denn das Wiedergewinnen hebt ja das Verlieren

6) Hier führt Gajus Beispiele an, wie eine Frau auf mancherlei Weise einen tutor ex lege Atilia, oder Julia et Titia haben könne, z. B. wenn eine Sklavin von einer Frau freigelassen sey, oder wenn der Patron sich in Adoption gegeben habe, oder keine Kinder hinterließ. Comm. I. §. 195. Daß Gajus sich hier auf Beispiele einläßt, und in diesen nur Freigelassene nennt, beweist, wie selten eine Atiliana tutela für Weiber gewesen sey, und daß die legitima bei ingenuis immer ausgereicht habe.

7) pr. J. de cap. dem (I. 16). Theoph. ad h. l. Comm. I. §. 159.

nicht auf. Bei der capitis deminutio maxima oder media nun, wenn ein Römischer Bürger Sklave oder Peregrine wird, ist die mutatio eine bloße minutio, ohne daß etwas anderes dagegen gewonnen werde. Bei der capitis deminutio minima ist es gerade umgekehrt: hier wird zwar ein caput, das bestehende Familienverhältniß, verloren, aber es wird immer wieder ein anderes caput gewonnen, die capitis deminutio minima geschehe wie sie wolle. In diesem einfachen Prinzip liegt nun der Schlüssel zu dem, was bisher oft äußerst schwierig geschienen hat, wie nämlich zu gleicher Zeit arrogatio, in manum conventio, aber auch emancipatio eine capitis deminutio minima hervorbringen könne, da doch die Emancipation weit eher ein caput gebe als nehme. Die einfache Antwort auf eine solche Entgegnung würde seyn: Emancipation ist durchaus nicht von Arrogation, Adoption, *in manum conventio* verschieden. In diesen letzteren Fällen verliert der arrogatus, der adoptatus, die Frau quae in manum convenit, ein Familienverhältniß, und gewinnt ein anderes. Es ist nämlich irrig, wenn man glaubt, der Adrogirte sey darum capite minutus, weil er in eine Gewalt trete: dies ist vielmehr ein Gewinn der ihm wird: die capitis minutio besteht lediglich darin, daß er seine frühere Familie verliert, in der er paterfamilias war. In so fern ist der adrogatus gar nicht vom adoptatus verschieden, da beide ein Familienverhältniß aufgeben müssen, der

erste, das worin er selbst die Gewalt hat, der zweite, das, worin Gewalt über ihn geübt wird. Aber auf die Gewalt kommt es überhaupt bei dem Begriff der capitis minutio nicht an: sondern nur auf die Familie, die sowohl der verliert, welcher als paterfamilias, wie der, welcher als filiusfamilias heraustritt. Ist dem aber so, so kann die Emancipation nun weiter keine Schwierigkeit machen. Sie ist nichts als eine umgekehrte Arrogation. Bei der Arrogation wird das Familienverhältniß eines paterfamilias aufgegeben, und dafür das eines filiusfamilias gewonnen, bei der Emancipation im Gegentheil geht man des Familienverhältnisses als filiusfamilias verlustig, und gewinnt das eines paterfamilias, indem man nun eine neue Familie selbst bildet. Daß es aber nur auf das Factum des Verlustes eines Familienverhältnisses ankomme, ist so eben gesagt worden. Der Beweis ist nun zu führen, daß jede capitis deminutio minima nur in einer familiae mutatio besteht.

l. 11. de cap. min. (4. 5.) Paulus lib. 2. ad Sabinum.

Capitis deminutionis tria genera sunt maxima, media, minima: tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, *familiam*. Igitur, cum omnia haec amittimus hoc est libertatem et civitatem et *familiam* maximam esse capitis deminutionem, cum verò amittimus civitatem, li-

bertatem retinemus mediam esse capitis deminutionem, cum et libertas et civitas retinetur *familia* tantum *mutatur* minimam esse capitis deminutionem constat.

l. 7. eodem (4. 5). Paulus libro 11. ad Edictum. Quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse *familia mutati.*

§. 3. J. de cap. dem. (I. 16.)

Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur sed status hominis *commutatur.* Quod accidit in his, qui cum sui juris fuerunt coeperunt alieno juri subjecti esse vel contra [8]).

Vollkommen von der hier niedergelegten Ansicht abweichend, hat nicht ohne Grund auch die geltend werden können, welche eine capitis deminutio bei der Emancipation nicht aus der Natur des Instituts, sondern aus der dabei herrschenden Form zu erklären sucht. Weil nämlich jeder Emancipation eine imaginaria servitus, ein mancipium, vorangehen müsse, könne man von jedem Emancipirten sagen, er sey capite minutus. Diese Ansicht konnte schon vor Erscheinen des Gajus durch eine schon einmal

8) Sehr kurz aber energisch sagen hier die Institutionen, was oben aufgestellt worden, daß es nämlich nicht darauf ankomme, ob man als paterfamilias, oder als filiusfamilias die Agnationsverhältnisse verliere. S. Ulp. Fragm. XI. §. 13.

in dieser Schrift angeführte Pandektenstelle gerechtfertigt werden.

l. 3. §. 1. de cap. min. (4. 5.) Paulus lib. 11. ad Edictum.

Emancipato filio et caeteris personis capitis minutio manifesto accidit cum emancipari nemo possit *nisi in imaginariam servilem causam deductus.*

Nun dürften die Anhänger derselben auch in folgender Stelle des Gajus einen ferneren Beleg für diese Ansicht finden wollen.

Comm. I. §. 162.

Minima **capitis** diminutio est *cum et civi*tas et libertas re*tinetur sed status hominis commutatur, quod accidit* in his, qui adoptantur: item in his, qui coemptionem faciunt: et in his qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur, adeo quidem, ut quotiens quique mancipetur aut *manumittatur* totiens capite diminuatur.

Wenn aber die eben mitgetheilte Ansicht lediglich auf obigen Stellen beruht, so glaube ich, ist kein hinreichender Grund für dieselbe vorhanden. Um mit der Stelle unseres Gajus anzufangen, so sagt dieselbe weiter nichts, als: minima capitis deminutio finde statt, im Fall der Adoption, der *Coemtio* und im Fall der Emancipation. Dieses letztere

umschreibt er nur, und zählt die beiden Factoren statt des Produkts auf (et in his qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur); keineswegs nennt er aber das vorangehende mancipium als Grund, weswegen auch in der Emancipation eine capitis deminutio minima liege. Aber auch die Stelle des Paulus will nicht die imaginaria servitus als Grund dafür anführen, daß bei der Emancipation eine capitis deminutio statt finde: vielmehr ist der Sinn des Fragments der. Nachdem er früher von der Arrogation gesprochen, und wie diese eine capitis deminutio hervorbringe, setzt er hinzu, noch unzweifelhafter sey dies bei der Emancipation der Fall (manifesto accidit), denn hier sey die mutatio status um so auffallender, da ja zwischen dem paterfamilias und filiusfamilias sogar eine imaginaria servitus liege. Das Beispiel des mancipium wird hier also angeführt, um zu zeigen, wie stark der Grundcharakter jeder capitis deminutio, die mutatio status vorhanden sey, nicht aber um einen scheinbaren Grund abzugeben, warum man sagen könne, in der Emancipation liege eine capitis deminutio, ohne daß sie wirklich eine enthalte.

Außerdem stehen aber dieser Erklärungsart der capitis deminutio bei der Emancipation die stärksten Gründe entgegen: einmal, daß alsdann die capitis deminutio keine minima (wie sie von Gajus den Institutionen und Theophilus genannt wird) sondern eine maxima wäre, denn da

das mancipium der Form nach völlig mit wahrer Sklaverei identisch ist, da alle Manumissionsarten, wie bei echter Sklaverei, auch bei dem mancipium statt finden, so ist es rein unmöglich, daß die Römer in dem einen Punkte aus der Form gefallen seyn sollten, und die capitis deminutio bei dem mancipium zu einer minima gemacht hätten. Zweitens wäre mit dieser Ansicht gar nicht die capitis deminutio bei der Arrogation zu vereinigen, denn hier findet ja keine Mancipation statt, und es würde die Annahme nothwendig seyn, die Römer seyen so inkonsequent gewesen, einmal capitis deminutio minima wegen einer fingirten Sklaverei, ein andermal aber wegen wirklichen Aufgebens der Familienverhältnisse eintreten zu lassen. Aber wenn wir auch von allem diesem absehen wollen, ist endlich gegen die eben angeführte Ansicht das entscheidend, daß von den Kindern des Adrogirten, die ihrem Vater in die fremde Gewalt nachfolgen, ebenfalls gesagt wird, sie erleiden eine capitis deminutio.

l. 3. pr. de cap. min. (4. 5.) Paulus lib. 11. ad Edictum.

Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint.

Bei diesen Kindern findet weder eine imaginaria servitus wie bei den Adoptirten statt, noch waren sie sui juris. Daraus folgt aber nothwendig, daß

weder in der imaginaria servitus, noch in dem Verlust seines Standes als paterfamilias, der Grund der capitis deminutio minima liegt, sondern in dem Aufgeben irgend eines Familienverhältnisses, gleichviel ob man darin als paterfamilias oder filiusfamilias gewesen sey.

Scheinbar könnte vielleicht noch für die eben widerlegte Ansicht angeführt werden, daß ja die Auflösung der Gewalt durch Tod, als Vestalin [9]) oder als Flamen [1]), keine capitis deminutio mit sich bringe, was vielleicht darin seinen Grund habe, daß hier keine imaginaria servitus, wie bei der Emancipation, vorkomme. Aber eine solche Beweisführung würde auf den oben getadelten falschen Prämissen beruhen. Capitis deminutio minima und väterliche Gewalt stehen in gar keiner Berührung, es kommt lediglich darauf an, ob Familienverhältnisse aufhören, und dieses ist bei sämmtlichen Aufhebungsarten der väterlichen Gewalt bis auf Adoption und Emancipation nicht der Fall.

So viel von der Entstehung und der Auflösung der Tutel. Ueber die verschiedenartigen Wirkungen derselben bei Unmündigen und Weibern ist noch einiges Neue aus Gajus zu bemerken. In der Tutel über Unmündige liegen zwei Hauptfunktionen, gestio und auctoritas. Bei der Geschlechtstutel fällt die eine

9) Gellius noct. att. lib. I. cap. 12.

1) Comm. III. §. 114.

eine dieser Funktionen, gestio, vollkommen weg. Die Weiber, in welcher Tutel sie auch seyn mögen (also selbst in der legitima), verwalten ihre Angelegenheiten selbst [2]), und der Geschlechtstutor hat nur noch auctoritas zu interponiren; aber selbst zu dieser auctoritas kann er gezwungen werden [3]). Dies erleidet jedoch eine Ausnahme bei der tutela legitima, indem der Agnat oder Patron weder beim Testiren, noch bei der Veräußerung einer res mancipi, noch bei einer Verbindlichkeit durch obligatio zum Vollwort genöthigt werden kann, es sey denn in dringenden Fällen [4]). Nicht wie bei den Römern ist die Geschlechtstutel bei allen Völkern; nur ein Volk giebt es, wo nach Gajus [5]) die Frau ihren Mann, oder ihren mündigen Sohn zum auctor haben muß.

Die Lehre von der *cura* kann hier vollkommen übergangen werden, weil das was von Gajus erhalten ist überaus wenig davon enthält. Für das neuere Recht ist rücksichtlich der Tutel nur noch zu bemerken, daß die schon zu Gajus Zeiten entbehrlich scheinende Geschlechtstutel jetzt völlig geschwunden ist, ohne daß ihre letzten Spuren irgend sichtbar wären. Mit der Tutel selbst muß aber das Recht

2) Comm. I. §. 190. Daher kann auch kein judicium tutelae zwischen der Frau und ihrem Geschlechtstutor statt finden, weil überhaupt keine gestio vorhanden ist. Comm. I. §. 191.

3) Comm. I. §. 190.

4) Comm. I. §. 192.

5) Comm. I. §. 193.

sie zu cediren wegfallen, was bei Patronen zu Alexander Severs Zeit ja noch möglich war. So mit der manus die tutoris optio, und mit dem mancipium, der bedeutendere Theil der fiduciaria tutela. Die obrigkeitliche Vormundschaft muß ihren Ursprung aus den Gesetzen Atilia und Julia et Titia verläugnen, um kaiserlichen Constitutionen als Urhebern Platz zu machen, die nichts Neues hinzufügen, als daß sie fremdartigen Magistraturen die Obervormundschaft zuweisen, und eine genauere Untersuchung, so wie Caution für den Mündel verlangen.

Fünfte Scholie.

Von den Sachen und ihren Erwerbungsarten.

Gaji Comm. II. §. 1—99.

Die Eintheilung der Sachen in res sacrae, sanctae und religiosae, die schon die Pandekten [1]), als aus den Institutionen des Gajus entlehnt, enthielten, finden wir nun natürlich in unserem Gajus wieder: so lückenhaft zwar, daß uns die Pandekten selbst Quelle der Ergänzung werden müssen, auf der anderen Seite aber so vollständig, daß die Verdächtigkeit einer jeden Pandektenergänzung sattsam daraus hervorgehen kann. Wenn auch, wie Thibaut [2]) bemerkt hat, Justinian ungeachtet seines reinen Glaubens dem Gajus den Satz unbedenklich nachschrieb, die res sanctae gehörten zu den rebus divini juris, so durfte dennoch in der, in den Pandekten exerpirten Stelle des Gajus, der eigenthümliche Unterschied der res sacrae und religiosae, als zum alten

1) l. 1. D. de div. rer. (I. 8.) 2) civil. Abh. S. 293.

Römerglauben gehörig, nicht aufgenommen werden. Man sollte dankbar genug dafür seyn, daß sich der Kaiser mit Auslassungen begnügte, und daß nicht die Beispiele die Theophilus [3]) für res sacrae anführt, die ἐκκλησίαι und μαρτύρια Gajus in den Mund gelegt worden sind.

Jede Sache, die den Göttern der Oberwelt geweiht ist, heißt sacra, jede die den Göttern der Unterwelt heilig, religiosa.

Comm. II. §. 4.

Sacrae sunt, quae Diis superis consecratae sunt, religiosae, quae Diis manibus relictae sunt.

In so fern wird zwar dieselbe Sache oft sacra oft religiosa seyn können, jedoch giebt es wiederum Dinge, denen nur eines dieser Prädikate zukommt. So kann es eine pecunia sacra und religiosa geben [4]); ein sepulchrum ist aber immer eine res religiosa [5]).

Jeder Ort wird ein locus religiosus, wenn mit Erlaubniß seines Herrn ein Todter daselbst begraben wird, doch hat nicht der Herr allein eine Stimme, sondern auch andere, die ein Interesse dabei haben,

3) Festus. „Sacrum est, quod Deo consecratum est, sanctum ut murus, qui circa oppidum, est religiosum, ut sepulchrum, ubi corpus humatum est.

4) l. 1. ad leg. Jul. Pecul. (48. 13.)

5) l. 2. §. 2. de religiosis (11. 7.)

wie z. B. der Usufructuar [6]), ja der Consens aller Betheiligten ist nothwendig [7]). Eine Folge dieses Grundsatzes ist es, daß, wie Gajus sagt, in den Provinzen kein locus religiosus nach der Meinung der Meisten seyn kann; denn da der Herr des Provinzialbodens gleichsam nur possessio und usus-fructus an demselben hat, das Eigenthum aber dem Römischen Volke oder Kaiser zusteht, je nachdem es praedia stipendiaria, oder tributaria [8]) sind: so wäre ja, um einen Ort in den Provinzen zum religiosus zu machen, immer die Einwilligung des Volks oder Kaisers nothwendig. Dennoch kann man nach Gajus einen Begräbnißort in der Provinz pro religioso halten, nach Analogie eines in der Provinz consecrirten Ortes, der auch eigentlich nicht sacer genannt werden könnte, aber pro sacro gehalten würde.

Comm. II. §. 7.

Set in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in *eo solo* dominium populi Romani est, vel Caesaris: nos autem possessionem tantum *et* usumfructum habere videmur, utique tamen *ejusmodi locus licet non sit* religiosus pro *religioso habetur* ****** quod in provinciis non ex auctoritate populi

6) §. 9. J. de rer. div (II. 1). l. 2. §. 7. D. de relig. (11. 7.)

7) l. 3. eodem (11. 7).

8) Comm. II. §. 21. Theoph. II. 1. 40.

Romani consecratum est proprie sacrum non *est* ****** pro *sacro* habetur.

Ueber res mancipi und nec mancipi erfahren wir aus Gajus nicht viel Neues, doch findet die Meinung von Bynkershoek [9]) einige Bestätigung, der den Charakter der res mancipi in die größere Kostbarkeit derselben gesetzt hatte. Wo Gajus davon handelt, daß die Agnaten einer Frau nicht zur auctoritas bei der Veräußerung einer res mancipi gezwungen werden könnten, führt er den Grund an, damit durch Veräußerung der kostbarsten Dinge, die ihnen zufallende Erbschaft nicht geringer würde (neque alienatis *pretiosioribus* rebus susceptoque aere alieno minus locuples *ad* eos hereditas *perveniat* [1]); daß Gold und Silber dennoch nicht zu den res mancipi gerechnet werden, liegt wohl darin, daß wenn Geld als das alle andere Dinge messende eine res mancipi wäre, es überhaupt jede Sache seyn müßte, da ja jede in Geld ihre Erledigung findet, woraus folgt, daß Geld als solchem gar nicht das Prädikat der Kostbarkeit beigelegt werden kann, indem es immer nur darauf ankommt, wie kostbar die Sache sey, die es repräsentirt. Viel Geld ist nicht kostbarer, als viele an sich recht unbedeutende res nec mancipi, die zusammengenommen doch einen bedeutenden Werth haben können [2]).

9) Opera omnia Tomus I. Colon. All. 1761. p. 308.

1) Comm. I. §. 192. Hugo Rechtsgeschichte S. 373.

2) Hugo Magazin. 2. Bd. S. 78.

Uebrigens gehört die Untersuchung über den unterscheidenden Charakter der res mancipi und nec mancipi zu den unfruchtbarsten, die die Literargeschichte des Römischen Rechts kennt, und Hugo [3]) hat in so fern vollkommen Recht, wenn er nicht ein, sondern mehrere charakteristische Merkmale der res mancipi annimmt. Mir scheint nächst dem Charakter der Kostbarkeit die Beziehung nicht schlecht, die Meermann [4]) zwischen einer res mancipi und dem Landbau aufgefunden, was aber zunächst auf italischen Landbau zu beschränken ist. Alles was sich hierauf bezog, mußte den älteren Römern als das Wichtigste und Kostbarste erscheinen, und daß der Uebergang von dem quiritarischen Eigenthum des einen in das eines andern hier an eine feierlichere Handlung geknüpft wird, ist sehr natürlich. Die wichtigste res mancipi ist daher das italicum praedium; dann was ihm dient, Servituten, Sklaven, quadrupedes, quae dorso collove domantur [5]). Daß Kameele nicht zu den res mancipi gehören, mag wohl nicht sowohl daran liegen, daß sie ferae bestiae sind, wie angegeben wird [6]), sondern daß sie nicht in Italien heimisch sind.

3) Rechtsgeschichte. S. 372.

4) Diatriba Antiquario juridica inaug. de reb. mancipi et nec mancipi Lugd. Bat. 1741. p. 120.

5) Ulp. XIX. §. 1. Comm. II. §. 15.

6) Ulp. eodem. Comm. eodem.

Weniger richtig als die beiden eben angegebenen charakteristischen Beziehungen der res mancipi auf das Kostbare des italischen Grundbesitzes sind wohl die von andern aufgefundenen Kennzeichen, die sich auf nichts historisches zurückführen lassen. So die Ansicht von Roßmann [7]) res mancipi seyen die leicht zu unterscheidenden und zu erkennenden Sachen; so die von Hommel [8]) res mancipi bezögen sich auf den Krieg und auf die Erbeutung: am schlechtesten und schon längst aus Ulpian selbst widerlegt, ist jedoch wohl die Meinung, res mancipi sey die Sache im quiritarischen Eigenthum, während die res nec mancipi immer in bonis sich befinde [9]).

Will man, abgesehen von den inneren Kennzeichen, aus der Wirkung einen charakteristischen Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi aufstellen, so ist es lediglich der: eine res mancipi kann nur durch quiritarische Erwerbungsart in das quiritarische Eigenthum eines andern übergehen: bei der

7) Hugo civ. Magazin Bd. 2. S. 66. u. fg. Hugo Rechtsgeschichte S. 373.

8) de Orig. div. Rerum in mancipi et nec mancipi. Lips. 1744. p. 24. et seqq.

9) Gajus theilt uns eine Controverse der beiden Schulen über Lastthiere mit; ob sie nämlich gleich nach der Geburt, oder erst nach der Zähmung res mancipi zu werden anfingen. Das Ganze ist nicht lesbar. Comm. II. §. 15. Item — — — — statim ut nata sunt mancipi esse putant: *Nerva vero Proculus* et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt, et si propter nimiam feritatem domari non possunt tunc videri mancipi esse — — — —

res nec mancipi ist um dieselbe Wirkung hervorzubringen, eine natürliche Erwerbungsart hinreichend.

Ulp. Fragm. XIX. §. 3.

Mancipatio propria species alienationis est et rerum mancipi.

Comm. II. §. 22.

Mancipi vero res **sunt**, quae per mancipationem ad alium transferuntur.

Dies führt uns aber auf die Erwerbungsarten des Eigenthums überhaupt.

Daß es in den ältesten Zeiten des Römischen Staates nur ein Eigenthum, wie bei allen Völkern gegeben habe, daß also zwischen Eigenthum und Nichteigenthum nichts in der Mitte gelegen, erzählt uns Gajus [1]): späterhin habe sich dieses verändert, und von dieser Zeit an seyen zwei Arten von Eigenthum, ein strenges quiritarisches, und ein laxeres bonitarisches aufgekommen [2]). Wann sich diese doppelte Eintheilung des Eigenthums gebildet, und auf

1) Comm. II. §. 40. „Sequitur ut admoneamus aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita, ut dominus quisque *sit*, aut dominus *non* intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus, set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse, ex jure Quiritium, dominus, alius in jure habere.

2) Comm. I. §. 35, §. 54, §. 167. II. §. 88. III. §. 166.

welche Weise sie entstanden, darüber giebt uns Gajus keine Aufschlüsse. Gar alt kann sie nicht seyn, weil, wie auch schon Hugo [3]) bemerkt hat, der Ausdruck in bonis bei den Römischen Schriftstellern bis Cicero in dem Sinne des natürlichen Eigenthums nicht vorkommt.

Diese verschiedenen Arten des Eigenthums beziehen sich nun durchaus nicht auf verschiedene Arten von Sachen; es kann eine Römische Sache, wenn ich mich so ausdrücken darf, eine res mancipi, im bloßen bonitarischen Eigenthum seyn: dagegen eine Sache des jus gentium, eine res nec mancipi in dem strengen Recht der Quiriten. Aber jede dieser Sachen will um ins quiritarische Eigenthum zu kommen, eine ihr angemessene Erwerbungsart; die streng Römische Sache eine streng Römische, die des jus gentium eine Erwerbungsart des jus gentium. Daraus folgt aber, daß eine res nec mancipi niemals im bonitarischen Eigenthum seyn könne, denn entweder wird sie gar nicht ins Eigenthum übergehen, weil keine Erwerbungsart vorangegangen, oder in das quiritarische, weil ja keine strenge Erwerbungsart erfordert wird [4]). Zwar ist noch ganz kürzlich

3) Rechtsgeschichte. S. 130.

4) Also gerade das Gegentheil von dem Satze ist wahr, daß der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi auf dem Unterschiede des Römischen und natürlichen Eigenthums beruhe. Gerade eine res nec mancipi kann niemals in bonis seyn, wohl aber eine res mancipi.

in einer Berliner Inaugural-Dissertation [5]) auf gutes Glück hin behauptet worden, nur die Tradition bewirke von allen natürlichen Erwerbungsarten bei res nec mancipi quiritarisches Eigenthum. Der einzige vermeintliche Beweis soll der seyn, daß Ulpian Tit. XIX. nur von der Tradition spricht: aber daß Gajus [6]) die anderen natürlichen Erwerbungsarten der Tradition gleich setzt, daran hat der Verfasser wahrscheinlich nicht denken wollen.

Wie aber der Kauf oder jedes andere Geschäft ex consensu, nicht weniger Kauf oder das beabsichtigte Geschäft bleibt, wenn das Ganze noch durch Stipulation bekräftigt worden, so versteht es sich von selbst, daß strenge Erwerbungsarten bei Sachen angewandt, die ihrer nicht bedürfen, nichts nachtheiliges bewirken können. Sie sind wenigstens so gut wie die natürlichen, denn in jeder Mancipation, in jeder *in jure cessio*, liegt, da der Wille zum Veräußeren vorausgesetzt werden muß, mindestens auch eine Tradition. In so fern sind alle strenge Erwerbungsarten alienationes communes, was Ul-

5) *Regenbrecht.* Comm. ad leg. 36. de aq. rer. dom. Berol. 1820. p. 21.

6) Comm. II. §. 66. „Nec tamen ea tantum, quae traditione *nostra* fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam occupando." §. 70. Sed et id quod per alluvionem nobis adjicitur eodem jure *nostrum* est. §. 79. „In aliis quoque speciebus naturalis ratio (*idem*) requirit." Wenn Herr Regenbrecht das nostrum est mit in bonis übersetzt, so läßt sich freilich nur gegen die Version etwas einwenden.

pian [7]) nur von der Usucapion, *in jure cessio*, Adjudication und der lex sagt. Daß die Mancipation als solche nicht genannt wird, liegt nicht darin, daß sie überhaupt nicht alienatio communis sondern daß sie die einzige strenge Erwerbungsart ist, die bei der Veräußerung einer res nec mancipi niemals vorzukommen braucht, was bei den anderen nicht der Fall ist; denn diese vertreten, wie unten näher gezeigt werden wird, häufig die Stelle der Tradition, wo solche an sich unmöglich ist. Auch hebt Gajus gar nicht, wie Ulpian, einzelne alienationes communes heraus.

Von allen strengen Erwerbungsarten ist die Mancipation, das jus nexi, unstreitig die älteste. Sie bezieht sich auf das aes [8]), und gehört also den Zeiten an, wo dieses allein in Gebrauch war [9]). Was uns Gajus [1]) über die Form der Mancipation mittheilt, war schon früherhin aus Boethius [2]), der die Institutionen des Gajus als Quelle anführt, so wie aus Ulpian [3]) bekannt, wie nicht minder dies, daß bewegliche Sachen an Ort und Stelle der Mancipation seyn müssen, damit der Empfänger die Sache selbst ergreifen könne, daß dies aber bei unbeweglichen Sachen nicht erfordert werde [4]). Von

7) XIX. §. 8. 9. 16. 17.

8) Festus voce Nexum.

9) Comm. I. §. 122.

1) Comm. I. §. 119.

2) Ad Top. Cicer. cap. 5. Lib. III.

3) XIX. §. 3.

4) Comm. I. §. 121. Ulp. Tit. XIX. §. 6.

allen unkörperlichen Sachen ist Mancipation allein bei den juribus praediorum rusticorum anwendbar [5]), die auch die einzigen res mancipi unter den unkörperlichen Sachen sind [6]).

Die Stelle der Mancipation kann überall mit gleichem Erfolg die in jure cessio vertreten [7]). Daß diese Erwerbungsart bedeutend späteren Ursprungs ist, als die Mancipation, leidet wohl keinen Zweifel: sie setzt schon einen förmlichen Vindicationsprozeß voraus, den sie nachahmt. Was wir aus Gajus über ihre Form erfahren, war ebenfalls längst aus Ulpian [8]) und Boethius [9]) bekannt. Wie bei dem Prätor in Rom, kann sie indessen auch bei dem Praeses provinciae in den Provinzen angestellt werden [1]). Es scheint die in jure cessio jedoch nicht die beliebtere Form gewesen zu seyn, was seinen Grund in dem Verwickelteren derselben, und in dem nothwendigen Erscheinen vor dem Prätor und Praeses provinciae hat.

Comm. II. §. 25.

Fere semper mancipationibus utimur: quod enim

5) Comm. II. §. 29. „rusticorum vero etiam mancipari possunt."

6) Comm. II. §. 17. Ulp. XIX. §. 1.

7) Comm. II. §. 22. „Quod autem valet manci(*patio idem valet et in jure cessio*) II. §. 26. (*At si*) neque mancipata, neque in jure cessa sit res mancipi.

8) XIX. §. 9. 10.

9) Ad Ciceron. Top. cap. 5. Lib. III.

1) Comm. II. §. 24. „quae fieri potest in provinciis apud Praesides earum."

ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc *non est necesse* cum majore difficultate aput Praetorem aut aput Praesidem provinciae quaerere.

Bei Gelegenheit der Adoption hatte Gajus gerade die umgekehrte Bemerkung gemacht: hier hatte er den Weg der in jure cessio für den empfehlenswertheren erklärt [2]).

So wie aber die *in jure cessio* (außer bei dem testamentum per aes et libram) immer die Mancipation ersetzt, so kann sie auch immer ein Aequivalent der Tradition genannt werden. Da wo Tradition unmöglich, bei allen unkörperlichen Sachen, tritt die in jure cessio an die Stelle derselben [3]), bei allen Servituten [4]), bei dem ususfructus [5]), bei der hereditas [6]). Mancipation würde hier nicht möglich seyn, denn auch sie, wie schon gesagt, findet von allen unkörperlichen Sachen nur bei den juribus praediorum rusticorum statt. Sonderbar ist es, daß Gajus, um recht vollständig zu seyn, doch auch eines Falles Erwähnung thun zu müssen glaubt, wo die Mancipation ebenfalls beim ususfructus anwendbar ist, wenn nämlich beim Mancipiren der Proprietät der ususfructus zurückbehal-

2) Comm. I. §. 134. „set sane commodius est patri re-mancipari." S. oben S. 175.
3) Comm. II. §. 19. §. 28.
4) Comm. II. §. 28.
5) Comm. II. §. 30.
6) Comm. II. §. 34 — 38. Hiervon weiter unten in der Abhandlung über das Erbrecht.

ten wird, das heißt aber nichts anderes, als der Ususfructus braucht nicht mit in die Proprietät begriffen zu seyn, wenn diese veräußert wird; also ist es durchaus keine Ausnahme der Regel, daß ein ususfructus nicht mancipirt werden könne, und Gajus Entschuldigung, daß er non temere gesprochen habe, erscheint ein klein wenig unnöthig: in jedem Falle aber höchst naiv [7]).

Es ist bekannt, daß der ususfructus, als mit der Person desjenigen dem er ertheilt worden eng verbunden betrachtet wird: er geht mit dem Tode, oder todähnlichen Zustande (capitis deminutio) dieser Person an die Proprietät zurück. Daraus folgt aber von selbst, daß der Usufructuar keinem anderen den ususfructus in jure cediren kann [8]), denn die in jure cessio überträgt das Eigenthum des ususfructus, was ja bei dem ursprünglichen Usufructuar bleiben muß. Dieser Satz findet nun eine allgemeine Anwendung bei allen Provinzialgrundstücken. Weil in diesen das Römische Volk oder der Kaiser Herr ist, und der sogenannte Eigenthümer

7) Comm. II. §. 33. Quod autem diximus usumfructum in jure cessionem tantum recipere non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut aput alium ususfructus apud alium proprietas sit.

8) Comm. II. §. 30. §. 3. J. de usufr. (2. 4.) l. 66. de jure dot. (23. 3.)

selbst nur possessio und *ususfructus* hat [9]), so kann er natürlich den ususfructus, der mit ihm eng verbunden ist, nach der allgemeinen Regel nicht einem anderen in jure cediren [1]). Aus demselben Grunde kann er aber auch Realservituten nicht durch in jure cessio veräußern, weil dem Usufructuar ja das Eigenthum derselben gar nicht zusteht. Will der Herr eines Provinzialgrundstücks also, den Ususfruct den er selbst nur hat, weiter geben, oder Servituten einräumen, so kann es nicht auf dem Wege der ihm nicht zustehenden Eigenthumsübertragung, sondern nur auf dem der obligatio geschehen, das heißt, er kann sich bei Strafe aus der obligatio belangt zu werden, verbindlich machen, zuzugeben daß der andere die Nutznießung faktisch ausübe.

Comm. I. §. 31.

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem *recipiunt*, alio quin in provincialibus praediis sive qui*s* usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura, constituere velit, pactionibus et *s*tipulationibus id efficere potest:

9) Comm. II. §. 7.

1) Hieraus würde freilich consequent folgen, daß Provinzialgrundstücke auch nicht vererbt werden können, man muß aber hierbei annehmen, daß der ususfructus immer wieder von vorn anfängt.

potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.

Zu Gajus Zeiten, nicht minder aber zu denen Ulpians [2]), war es also Rechtssatz, daß der Usufruct einer jeden Sache in jure cedirt werden konnte. Weil das Recht des Eigenthümers an Provinzialgrundstücken aber selbst nur ein Usufruct war, mußte die Ueberlassung desselben auf dem Wege der Eingehung einer obligatio geschehen, auf dem Wege der Location oder Stipulation. Aber auch in einigen anderen Fällen theilen uns, wie bei Provinzialgrundstücken, die Pandekten die Eingehung einer obligatio als Surrogat mit, wenn formell das Eigenthum des Usufructs nicht übertragen werden darf, aber materieller Grund dazu vorhanden ist.

l. 66. D. de jure dotium (23. 3). (*Pomponius* libro octavo ad Quintum Mucium.)

Si usufructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, *difficultas* erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam dicimus usumfructum a fructuario cedi [3]) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo

2) XIX. §. 11.

3) Hier stand gewiß in jure cedi.

remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel *locet* hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Noch gehört hierher:

l. 8. §. 2. D. de Per. et Com. rei vend. (18. 6.)

(*Paulus* libro 33. ad Edictum.)

Cum usumfructum mihi vendis, interest, utrum jus utendi, fruendi quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas: nam priore casu, etiamsi statim morieris nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis, posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

Es ist zum Verständniß der ganzen Lehre selbst nicht unnöthig eine Uebersicht davon zu geben, wie die Sache im Justinianeischen Recht steht. Nachdem mit allen strengen Erwerbungsarten auch die in jure cessio außer Gebrauch war, hatte die ursprüngliche Erwerbungsart für den Ususfruct aufgehört. Die Tradition, die nun in die Stelle der Mancipation und *in jure cessio* rückte, war beim Ususfruct unanwendbar, weil sie sich überhaupt nicht auf unkörperliche Sachen bezieht [4]). So kommt

4) l. 43. D. de aq. rer. dom. (41. 1.) (*Gajus*) „Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere ma-

denn Justinian in die originelle Verlegenheit eine Sache ohne Erwerbungsart lassen zu müssen, und sich für den Ususfruct im Allgemeinen des Nothbehelfs zu bedienen, der im älteren Recht bei Provinzialgrundstücken, und bei sonstiger Ueberlassung des Ususfructs an einen dritten, eingeführt war. Nach ihm soll nun jeder Ususfruct durch Legat, dann aber pactionibus et stipulationibus entstehen [5]). Diese erste Erwerbungsart durch ein Legat ist nun allerdings auch dem älteren Recht eigen. Wie eine jede Sache [6]) geht auch der Nießbrauch durch ein legatum vindicationis, ohne weiteres auf den Legatar über: beim legatum damnationis wird der Erbe durch eine condictio genöthigt in jure zu cediren [7]). Nachdem nun im neueren Recht diese beiden Hauptarten der Legate in eines verwandelt worden, geht jetzt freilich immer der Nießbrauch ipso jure durch Legat über. So ist denn hier die Schwierigkeit überwunden, daß der Erbe nicht zu übertragen braucht. Desto gewaltiger wird sie aber bei jedem Ususfruct, der nicht im Legat seine Quelle hat. Durch eine Stipulation oder durch irgend eine andere obligatio

nifestum est." Ulp. XIX. §. 7. Comm. II. §. 19, §. 28.

5) §. 1. J. de usufr. (II. 5.)

6) Ulp. XIX. §. 17.

7) Pauli sent. rec. III. 6. §. 17: „Ususfructus uniuscujusque rei legari potest: et aut ipso jure constituetur, aut per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur: ipso autem jure per vindicationem."

kann niemals Eigenthum übergehen [8]), das ist ihrem Begriff zuwider. Höchstens kann sie bisweilen den Grund abgeben, der der Eigenthumsübertragung vorangeht. Weder Schenkung noch Kauf begründen ein dominium, aber die Tradition, die ihnen folgt. Anomalisch soll dieses aber beim Ususfruct seyn, daß hier obligationes eine Erwerbungsart abgeben können [9]), und somit ist das ganze Rechtsgebäude zerstört. Der Nießbrauch ist im Grunde im Justinianeischen Recht gar kein jus in re mehr, denn die Erwerbungsart fehlt: um consequent zu bleiben, müßte man keine actio confessoria, sondern eine actio locati, venditi, wie es der Contract mit sich bringt, zugelassen haben, denn es ist das Recht des Usufructuars selbst, nun nicht mehr von dem Recht des Dritten verschieden, dem der Nutznießer die Ausübung überlassen hat. Zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar finden nur pactiones statt; nicht minder zwischen dem Usufructuar und dem ausübenden Dritten. Consequenter wie Justinian sind daher scharfsinnige ältere Juristen, unter andern Galvanus [1]), gewesen. Indem sie sich gar nicht davon überzeugen konnten, daß man eine obligatio als Uebertragungsart des Eigenthums eines Ususfructs betrachtet habe, meinten sie, es müsse dennoch wohl

8) l. 20. C. de pactis (2. 3). „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur."

9) Savigny Besitz 3te Auflage. S. 502.

1) *Galvanus* de usufructu p. 199. 508. 509.

im Hintergrunde eine Tradition gewesen seyn; weil jedoch Tradition immer greifbares erfordert, so griffen sie nach etwas sehr unhaftbarem, das heißt mit anderen Worten: sie sangen das beliebte Lied von der traditio ficta, um so verzeihlicher, als es durch Stellen unserer Quellen selbst gerechtfertigt zu seyn scheint.

l. l. pr. Quib. mod. ususf. (Ulpianus lib. 17. ad Sabinum.)

proinde *traditus* quoque ususfructus.

l. 11. De publ. in rem act. (6. 2.) (Ulpianus lib. 16. ad Edictum.)

Si de usufructu agatur *tradito* Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per *traditionem* constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci: item rusticorum: nam et hic *traditionem* et patientiam tuendam constat.

Daß diese Stellen sammt und sonders nicht also von Ulpian geschrieben seyn können, ist wohl klar. Zu seiner Zeit war in jure cessio gewiß die eigenthümliche Erwerbungsart beim Usufruct, und bei den Servituten. Es ist sehr wahrscheinlich, daß überall, wo hier von Tradition die Rede ist, ursprünglich in jure cessio gestanden hat. Fast erwiesen kann dies dadurch werden, daß in der l. 11. de publ. act. nur von servitutes urbanorum praediorum die Rede ist. Die jura praediorum ru-

sticorum können, wie schon oben gesagt worden, auch mancipirt werden: in jure cessio ist also nur alleinige Erwerbungsart bei den juribus praediorum urbanorum. Da in den obigen Stellen nun allein von diesen die Rede ist, Tradition aber, in so fern sie überhaupt anwendbar wäre, sich auf alle Servituten beziehen könnte, so scheint wohl mit ziemlicher Gewißheit daraus zu folgen, daß in der ursprünglichen Stelle Ulpians überall in jure cessio statt traditio gestanden hat. Es entsteht nun aber auf der anderen Seite die Schwierigkeit, weswegen Justinian, der in den Institutionen nur pactiones und stipulationes als Entstehungsgründe des Usufructs zuläßt, hier das Wort traditio hineingepfuscht hat. Es ist nicht anders zu erklären, als daß die Compilatoren vom Kaiser die Generalvorschrift hatten, überall wo mancipatus und in jure cessus stehen würde, traditus zu setzen, und so geschah es auch in dieser Stelle, ohne daß man daran dachte, beim Usufruct könne keine Tradition statt finden, die, wenn sie überhaupt hier anwendbar seyn sollte, doch bestimmt in den Institutionen einen Platz gefunden haben würde. Alles was vom Usufruct hier gesagt worden ist, gilt aber eben so gut von allen anderen Servituten.

So viel von der Mancipation und in jure cessio: eine dritte echt quiritarische Erwerbungsart, die usucapio, unterscheidet sich von diesen beiden dadurch, daß sie vollkommen einseitig ist. In so fern

kann man sagen, ist sie eine der ursprünglichsten und ältesten, indem sie keinen Eigenthümer voraussetzt, von dem erworben seyn müsse. Alles unvordenklich erworbene fällt also in den Begriff der Usucapion, wenn auch die Begränzung des Unvordenklichen durch eine bestimmte Verjährungszeit erst späteren Ursprungs ist. Wie aber durch Mancipation und in jure cessio sowohl das volle quiritarische Eigenthum erworben werden kann, als auch bloß das nudum jus Quiritium, wenn z. B. der bonitarische Eigenthümer sich die res mancipi, von demjenigen, der noch ein nudum jus Quiritium daran hat, mancipiren, oder in jure cediren läßt, so auch bei der Usucapion. Sie giebt dem bonitarischen Eigenthümer sowohl das ihm noch fehlende jus Quiritium, als sie dem, der gar nicht Eigenthümer ist, volles Recht der Quiriten gewährt.

So ist also das doppelte Recht der Usucapion, in Beziehung auf den bonitarischen Eigenthümer und auf den bonae fidei possessor, durchaus nicht verschieden von dem, was ebenfalls bei der Mancipation und in jure cessio gilt. Was wir aus Gajus Neues rücksichtlich dieser Erwerbungsart erfahren, darf nun hier einen Platz finden.

Es ist sonderbar, daß Gajus [2]) so wenig genau ist, die zwölf Tafeln als Quelle der zweijährigen Verjährung für Häuser sowohl als Ländereien

2) Comm. II. §. 42.

zu nennen. Aus Cicero [3]) wissen wir, daß die zwölf Tafeln aedes nicht genannt haben, und daß erst die Interpretation auch auf sie die Usucapion ausdehnte. Eben so ungenau ist Gajus, wo er von der Quelle des Rechtssatzes spricht, daß res furtivae nicht usucapirt werden können. Hier nennt er [4]) bloß die zwölf Tafeln, nicht aber die lex Atinia, die doch, nach dem was wir aus Gellius [5]) und Cicero [6]) wissen, sehr alt seyn muß. Ueber die Streitfrage, in wie weit Sachen der Bevormundeten der Usucapion entzogen sind, verbreitet Gajus einiges Licht. Vor seinem Erscheinen stand die Sache so. Aus zweien Stellen des Cicero wußten wir, daß die Sache einer Frau, die in legitima tutela ist, ohne auctoritas ihrer Tutoren nicht veräußert werden darf.

pro Flacco. cap. 34.

nihil enim potest de *tutela legitima* sine omnium tutorum auctoritate diminui.

Ep. ad Atticum. I. 5.

Id mirabamur te ignorasse de *tutela legitima* in qua dicitur esse *puella* nihil usucapi posse.

Ob nun aus diesen Stellen des Cicero bloß

3) Topica, cap. 4. „Ast in lege aedes non appellantur," pro Caecina, cap. 19. „at utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur,"

4) Comm. II. §. 47.

5) lib. XVII. cap. 7.

6) contra Verrem I. 42. S. Unterholzner, von der Verjährung. S. 117 u. f.

der Satz zu entnehmen sey, daß die Sachen der Frau, in einer legitima tutela ohne Willen des Tutors veräußert, der Usucapion entzogen seyen, oder ob dies auch auf Pupillen, und dann auf alle Arten der Tutel zu beziehen, ist unter den Juristen von jeher sehr bestritten gewesen. Anscheinend widersprechende Pandektenstellen begünstigten diesen Streit. Gegen die Möglichkeit der Usucapion der Pupillengüter scheinen zu sprechen:

l. 48. D. de aqu. rer. dom. (41. 1.) Paulus lib. 7. ad Plantium.

Nec interest ea res quam bona fide emi longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa.

l. 10. pr. D. quem. serv. (8. 6.) (Paulus lib. 15. ad Plantium.

Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo.

l. 9. de usuc. pro emptore (7. 26). Imp. Philippus A. et C. Cajo.

Eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit nullum temporis longi spatium defendit.

Für die Möglichkeit der Usucapion bei Pupillensachen sprechen:

l. 2. D. de eo qui pro tut. (27. 5.) Celsus lib. 25. Digestorum.

Si is, qui pro tutore negotia gerebat cum tutor

non esset, rem pupilli vendidit nec *ea usucapta est.*

l. 4. §. 24. D. de dol. mali (44. 4). Ulpianus lib. 76. ad Edictum.

Si quis non tutor, sed pro tutore negotia gerat, an dolus ipsius noceat pupillo videamus? Et putem non nocere; nam si is, qui pro tutore negotia gerebat rem vendiderit *et usucapta sit* [7]).

Cujacius [8]) unterscheidet mit der Glosse zwischen beweglichen und unbeweglichen Pupillensachen: erstere hätten usucapirt werden dürfen, letztere nicht. So wären denn die sich widersprechenden Stellen vereinigt, indem die ersteren unbewegliche, die anderen bewegliche Sachen meinten. Die Stelle des Cicero ad Atticum bringt er hiermit in Verbindung, und bezieht diese in so fern auf alle Bevormundeten. Eine andere, auf jeden Fall richtigere, Ansicht hat Unterholzner. Er meint, nach altem Recht habe sich das Usucapionshinderniß bloß auf die Person und die Güter der unter einer gesetzlichen Tutel stehenden Personen weiblichen Geschlechts bezogen [9]). Seitdem aber ein Senatsschluß unter Septimius Severus die Veräußerung der praedia rustica und suburbana eines Pupillen, durch die Tutoren und Curatoren, nur mit

7) l. 33. de furt (47. 2). l. 7. §. 3. pro emtore (41. 4).

8) Observ. XXIV. 14.

9) Verjährung. S. 151.

spezieller obrigkeitlicher Erlaubniß freigestellt, sey auch die Usucapion hier unzulässig geworden, denn die Vernachlässigung der Vindication, welche die Usucapion zur Folge habe, sey auch Alienation [1]). Dies sey ganz nach Analogie des fundus dotalis zu betrachten. Durch Constantin sey das Veräußerungsverbot auf alle Dinge, deren Aufbewahrung möglich, ausgedehnt, und nun im Grunde die meisten Pupillensachen nicht usucapionsfähig; die Pandektenstellen aber, sämmtlich vor Constantin geschrieben, sprächen theils von praediis rusticis und suburbanis, theils von anderen Sachen, und seyen auf diese Weise zu vereinigen [2]).

Auch diese Ansicht scheint mir aber keineswegs die richtige. Gajus, wo er ex professo von den der Usucapion entzogenen Sachen spricht, nennt nur die ohne Einwilligung der Tutoren veräußerten *res mancipi* der Frau, welche sich in einer legitima tutela befindet.

Comm. I. §. 47.

(*Item*) res mulieris, quae in agnatorum tutela (*erat si*) erant res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipso tutore (*auctore*) traditae essent: id ita lege XII tabularum cau(*tum erat.*)

Nun beweist diese Stelle freilich nur, daß die Aeußerungen Cicero's strict zu interpretiren sind,

1) Verjährung. S. 154. 2) Verjährung S. 155.

und daß zu Gajus Zeiten Pupillensachen der Usucapion nicht entzogen waren; hiermit könnte noch die Ansicht Unterholzners vollkommen bestehen: Septimius Severus habe dieses geändert, und hierauf bezögen sich die Pandektenstellen. Aber dieser Meinung scheint unendlich viel anderes entgegen zu seyn. Septimius Severus verbot die Veräußerung der praedia rustica und suburbana: nun ist allerdings auch das eine Veräußerung, wenn man usucapiren läßt, wo man es nicht brauchte [3]), denn das ist ja eine Art von Geschenk. Wenn aber nun Unterholzner hieraus folgern will, die Sachen der Pupillen seyen demzufolge der Usucapion entzogen gewesen, so ist dies ein unrichtiger Schluß. Das einzige, was daraus folgt, ist, daß nun der Tutor nicht usucapiren lassen dürfe, sondern vindiciren müsse, keineswegs aber das andere, daß der bonae fidei possessor nicht usucapiren dürfe, wenn der Tutor nicht vindicirt, ja hätte der dritte Besitzer im guten Glauben kein Recht ein Pupillengut zu usucapiren, so könnte vom Vormund gar nicht gesagt werden, er dürfe nicht usucapiren lassen, er müsse durch Vindication die Usucapion unterbrechen: die angeführte Analogie des praedium dotale, halte ich deswegen für unbedeutend, weil ich auch nicht einmal glauben kann, daß ein praedium dotale der Usucapion entzogen gewesen sey. Gajus führt das praedium

3) l. 80. de V. S. (50. 16.)

dotale wohl bei den Gegenständen auf, die nicht veräußert werden dürfen [4]), nicht aber bei den der Usucapion entzogenen. Die Stelle des Tryphonin l. 16. de fund. dot. (23. 5.) hält Unterholzner [5]) selbst, weil sie hypothetisch verstanden werden kann, für unzureichend: nicht weniger scheinen es mir die Fragmente [6]), die von der Unmöglichkeit einer Usucapion der Freiheit der Servituten sprechen, da auch diese Stellen sehr wohl auf ein Verlierenwollen bezogen werden können.

Für einen entscheidenden Grund aber gegen die Ansicht, daß Pupillengüter überhaupt nicht usucapirt werden dürfen, halte ich den Umstand, daß die Institutionen, bei einer weitläuftigen Aufzählung der nicht usucapionsfähigen Sachen, der Pupillengüter keine Erwähnung thun. Wer das Verhältniß genau beobachtet hat, in dem die Justinianeischen Institutionen zu denen des Gajus stehen, wird bemerkt haben, daß Justinian gar gern, da wo er den Gajus, weil das wovon er spricht nicht mehr praktisch ist, nicht ausschreiben kann, doch etwas analoges an die Stelle setzt, wenn er ein solches nur auffindet. So substituirt er der erroris causae probatio die Legitimation seiner Zeit. Ist es nun denkbar, daß er statt der der Usucapion entzogenen res mancipi der Frauen, nicht die Pu-

4) Comm. II. §. 63.
5) Verjährung. S. 149.
6) l. 5. 6. de fund. dot. (23. 5.)

pillensachen an die Stelle gesetzt haben würde, wenn Septimius Severus und Constantin sie wirklich der Usucapion entzogen hätten?

Mir scheint überhaupt gerade die entgegengesetzte Meinung wahr, daß selbst im Justinianeischen Recht Pupillensachen, sie mögen beweglich oder unbeweglich seyn, der Usucapion nicht entzogen sind. Zum Theil spricht dafür der eben angeführte Grund, daß die Institutionen Pupillensachen nicht nennen, dann aber ausdrückliche oben mitgetheilte Pandekten- und Codexstellen. Wie nun aber diejenigen Stellen hinwegzuräumen, die anscheinend das Gegentheil behaupten, davon ist hier zu reden. Jeder der usucapiren will, muß bekanntlich in bona fide seyn, d. h. er muß glauben, sein auctor, wenn er einen solchen hat, habe ein Recht, die an ihn kommende Sache zu veräußern. Kauft nun jemand von einem Pupillen ohne auctoritas seines Tutors, so ist er nicht in bona fide, da er wissen muß, ein Pupill dürfe ohne auctoritas seines Tutors nichts veräußern. Dies haben aber alle Fragmente im Sinne, die Usucapion nicht zulassen wollen. Nicht weil Pupillensachen gleich den res furtivae der Verjährung entzogen sind, sondern weil, wer von einem Pupillen, tutore non auctore, kauft, durchaus im bösen Glauben ist, können Pupillensachen nicht usucapirt werden. Entscheidend für diese Ansicht ist folgende Stelle:

l. 2. §. 15. D. pro emptore (41. 4). Paulus lib. 54. ad Edictum.

Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem: dicimus usucapionem sequi: *ut hic plus sit in re, quam in existimatione*, quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare non capies usu, quia juris error nulli prodest.

Viele haben die Schwierigkeit in dieser Stelle *ut hic plus sit in re, quam in existimatione* dadurch zu beseitigen gesucht, daß sie vorgeschlagen haben, den ersten Theil der Stelle von einer nicht dem Pupillen sondern einem Dritten zugehörigen Sache, die der Pupill veräußert habe, zu verstehen. Das Ganze soll nun heißen: hier müsse mehr die Wirklichkeit, daß es keine Pupillensache, als die Meinung, daß es eine sey, in Betracht kommen. Diese Erklärung haben Pulvaeus [7]), Cujacius [8]), und zuletzt Unterholzner [9]). Meiner Meinung nach ist sie vollkommen unhaltbar, und zwar aus folgendem Grunde. Würde in dem ersten Theil des Fragments von einer res aliena gesprochen, so müßte dies auch auf den zweiten Theil desselben ausgedehnt werden, denn unstreitig, und keinem Unbefangenen, der nur einmal die Stelle liest, wird dies entgehen, besteht

7) ad leg. Atiniam (in Triga libellorum ed. F. C. Conradi p. 119).

8) Observ. XXIV. 14.

9) Verjährung. S. 152. 153.

der Gegensatz des ersten und zweiten Theils lediglich darin, daß in dem ersten von einer ignorantia facti, in dem anderen von einem error juris die Rede ist. Nun sind aber in dem letzten Theil die Worte: putes tamen pupillis licere *res suas* sine tutoris auctoritate administrare, gar deutlich zu lesen, und durch die beiden kleinen Worte *res suas*, wird die ganze Erklärung so zu Schanden, daß gar nicht mehr daran gedacht werden kann. Wie diese überall anwendbare Willkühr, von Unterholzner [1]) mit dem Namen des Scharfsinns belegt werden darf, ist mir vollkommen unbegreiflich. Weit besser ist eine Emendation, die der oft wechselnde Cujacius auch versucht hat, statt ut hic plus sit in re quam in existimatione, zu lesen: ut hic plus sit in existimatione, quam in re. Durch sie, aber auch ohne dieselbe durch den ganzen Zusammenhang der fraglichen Stelle, ist die von uns oben niedergelegte Ansicht gerechtfertigt, daß nicht Pupillengüter als solche der Usucapion entzogen sind, sondern daß es lediglich auf die bona fides ankomme, ob der Besitzer wisse, daß sein Auctor ein Pupill sey, oder nicht. Weiß er es nicht, so kann er usucapiren, weil er nun in bona fide ist; was nicht der Fall wäre, wenn bei Pupillensachen als solchen keine Verjährung statt fände. Weiß er es aber, so kann er, wegen seiner mala fides nicht usucapiren, wobei ihm ein error juris nichts

1) Verjährung. S. 153. Note d.

nichts helfen kann. Wären Pupillensachen als solche nicht verjährbar, so könnte nicht gesagt werden, der error juris schade, da es ja auf Wissen oder Nichtwissen gar nicht ankäme, sondern nur darauf, ob die Sache die eines Pupillen sey.

In l. 48. de. A. R. D. (41. 1.) die oben angeführt ist, muß mit den Basiliken statt pupilli, populi gelesen werden. Paulus kann unmöglich eine res pupilli ganz allgemein mit einer res vi possessa zusammenstellen. Ein unübersteigbares Hinderniß bietet aber der Ansicht Unterholzners, daß gewisse Pupillensachen seit Septimius Severus unverjährbar wurden, der Umstand dar, daß in den Stellen, die davon sprechen sollen [2]), der Grund der nicht möglichen Usucapion, an die fehlende auctoritas des Tutors geknüpft wird, da ja nach dem Senatsschluß unter Sever, die auctoritas des Tutors zur Veräußerung gar nicht hinreichend ist.

Ein neues Licht zündet Gajus in der Lehre der usucapio pro herede an. Was wir bis jetzt von derselben wußten, beläuft sich auf folgendes. Wenn jemand Erbschaftssachen, in der Meinung aus einem Testament oder ab intestato Erbe zu seyn, besitzt, so kann er sie unter diesem Titel usucapiren [3]). Die usucapio pro herede findet nicht von dem Erben gegen den Dritten, wegen einer vermeintlichen

2) l. 2. §. 15. D. pro emt. (41. 4.) l. 9. C. pr. emtore.

3) l. 33. §. 1. D. de usurp. (41. 3.)

Erbschaftssache statt, obgleich dieses einige Römische Juristen gemeint haben [4]), wie auch Donellus [5]). Aber nur einzelne Sachen, nicht das Erbrecht als solches kann usucapirt werden [6]). Endlich ist die usucapio pro herede auch auf den bonorum possessor anwendbar [7]): bei ihr wird aber, wie bei jeder Usucapion überhaupt bona fides erfordert.

Zuvörderst erfahren wir aus Gajus, daß in alten Zeiten auch das Erbrecht selbst, wie die einzelnen Erbschaftssachen als verjährbar angesehen, und zwar in die Categorie der beweglichen Sachen gestellt wurde: von dieser Ansicht sey man aber abgekommen, und das sey nur davon übrig geblieben, daß man jede Erbschaftssache, wie das Erbrecht selbst als etwas bewegliches betrachtet habe, wodurch anomalisch eine annua usucapio auch bei einer res soli hereditaria statt finde [8]). Zu einer solchen usucapio pro herede habe es aber ausnahmsweise keiner bona fides bedurft [9]). Um vielmehr den Erben zur baldigen Antretung zu zwingen, damit den sacris [1])

4) l. 3. pro herede (41.5).

5) Comm. jur. civilis. V. 24. S. Unterholzner v. d. Verjährung. S. 213 u. fg.

6) Seneca de benef. lib. 6. cap. 5.

7) l. 11. pr. de her. pet. (5. 3.) Zeitschrift f. g. Rtsw. Bd. 2. Hft. 3. S. 369.

8) Comm. II. §. 54.

9) Comm. II. §. 52.

1) Comm. II. §. 55. Gajus sagt von den sacris, „quorum illis temporibus summa observatio fuit." Also zu seinen Zeiten waren die sacra schon ganz vernachlässigt. Cicero. de leg. II. cap. 19, 21. „is qui de bonis quae ejus fuerint, quum moritur, usucceperit plurimum possidendo.

und den Creditoren Genüge geleistet werde, sey es auch erlaubt gewesen, mala fide jede Erbschaftssache, vorausgesetzt daß sie an sich nicht der Verjährung entzogen, durch einjährigen Besitz [2]) usucapiren zu dürfen, und daher sey diese usucapio pro herede auch lucrativa genannt worden [3]). Ein Senatusconsult unter Hadrian habe hierin aber eine große Aenderung gemacht, indem es zwar nicht die usucapio pro herede aufgehoben, aber dem Lucrativen in so fern gesteuert, als nun, wenn ein malae fidei possessor usucapirte, der Erbe trotz der Verjährung vindiciren kann [4]). Nur bei dem heres necessarius bleibt das alte Recht in voller Wirksamkeit, hier kann nach wie vor auch mala fide usucapirt werden [5]). So weit Gajus. Wie reihen sich nun diese vollkommen neue Notizen an das schon früher bekannte an? Vor Hadrian giebt es nur eine pro herede usucapio; sie erfordert keine bona fides: ist solche vorhanden, desto besser. Nach dem Senatusconsult unter Hadrian wird die usucapio pro herede, die mala fide geschehen, in ihrer Wirkung zerstört: der Erbe wird in integrum restituirt, und nur bei dem necessarius heres bleibt sie wirksam. Da aber das Senatusconsult nur das Lucrative aufheben will (*tales* usucapiones), so findet die usucapio pro herede nach wie vor wirksam statt, wenn

2) Comm. II. §. 52.
3) Comm. II. §. 56.
4) Comm. II. §. 57. Savigny Besitz 3. Auflage. S. 56 — 60.
5) Comm. II. §. 58.

sie bona fide geschah. Daß unter dem necessarius heres nur der Sklave nicht der suus gemeint ist: dafür bürgt der Sprachgebrauch, der diesen letzteren nicht necessarius nennt, sondern suus et necessarius [6]), dann aber eine deutliche Codexstelle:

l. 2. C. de usuc. pro herede (7. 29). Impp. Diocl. et Maxim. A. A. et C. C. Maurinae.
Nihil pro herede posse usucapi suis heredibus existentibus magis obtinuit [7]).

Im Justinianeischen Recht ist nun die usucapio pro herede des bonae fidei possessor allein noch übrig, denn auch die usucapio lucrativa bei dem Sklaven [8]) war allmählig abgekommen. Wann kann nicht bestimmt werden: aus der eben angeführten Codexstelle scheint indessen hervor zu gehen, daß sie zu Diocletians Zeit noch bestand. Zweifelhaft ist es, ob die Anomalie, die Hadrian nicht aufhob, daß nämlich res soli hereditariae in einem Jahre usu-

6) Comm. II. §. 152.

7) Erst durch Gajus wird diese Stelle verständlich: sie erklärt, daß sui nicht unter den necessariis begriffen sind. Unterholzner Verjährung S. 216. betrachtet es als eine besondere Vergünstigung des suus heres.

8) Noch ein Beweis, daß unter dem necessarius nicht der suus gemeint sey, liegt darin, daß ja bei dem suus der Grund, der für die lucrativa usucapio überhaupt angegeben wird, vollkommen wegfällt: er braucht ja nicht erst anzutreten, sondern ist ipso jure Erbe. Freilich ist dies beim Sklaven auch der Fall; indessen mag hier in Berücksichtigung, daß der Sklave doch genug gewinnt, der Satz stehen geblieben seyn.

capirt werden können, bis zur Justinianeischen constitutio de usucapione transformanda fortdauerte oder nicht. Fast möchte es scheinen, als habe diese Anomalie schon früher aufgehört, indem Justinian in der Constitution nur der zweijährigen Usucapion Erwähnung thut.

Durch Gajus sind uns ferner einige Stellen unseres corpus juris in dieser Lehre klar geworden, die bisher ganz unverständlich waren.

1) l. 1. C. de usuc. pro herede (7. 29).

Imp. Antoninus A. Theophilo.

Cum pro herede usucapio locum non habeat: intelligis neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse.

Caracalla giebt einer Frau und ihrem Sohn zur Antwort, daß sie gewisse Sklaven pro herede nicht usucapiren könnten, weil pro herede usucapio überhaupt nicht statt finde. Das mußte bisher vollkommen unverständlich seyn; nun wird es mit einemmale klar. Der Sohn einer Frau, als deren Erbe, berief sich noch unter Caracalla darauf, daß er Sklaven besitze, die schon seine Mutter mala fide besessen habe, und die er nun ex causa lucrativa usucapiren wolle: der Kaiser antwortete ihm aber, daß (seit dem Hadrianischen Senatusconsult) eine usucapio pro herede (ex causa lucrativa) nicht statt finde. Das eigentliche Sinngebende ist in die-

ser Stelle weggelassen; und wie sie da steht, paßt sie für das Justinianeische Recht gar nicht.

2) l. 1. pr, quorum bonorum (43. 2).

Ulpianus lib. 67. ad Edictum.

Ait Praetor. Quorum bonorum ex edicto meo illi posessio data est, quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides, *possideresve, si nihil usucaptum esset.*

Diese letzten Worte, von allen für unverständlich gehalten, werden nun klar. Das Interdictum quorum bonorum soll auch gegen den gehen, der Besitzer würde, wenn er nicht usucapirt hätte, d. h. mit andern Worten: seine usucapio lucrativa soll ihn, eben so wenig gegen das Interdict, wie gegen die Vindication schützen. Diese Stelle setzt nun freilich das Senatusconsult unter Hadrian voraus, und ist in so fern kein kleiner Beweis der Fortdauer der Edicte nach Hadrian.

3) l. 29, de ususpat. (41. 5.)

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

Cum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi: propius est ut usu eas capere non possis: *quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est,* neque aliam ullam habes causam possidendi.

Diese Stelle war bisher unerklärlich: daß je-

mand nicht pro herede usucapiren könne, weil sein auctor der heres selbst ist, mußte völlig unbegreiflich seyn. Jetzt begreift sich die Sache sehr leicht; es ist in der ganzen eben mitgetheilten Stelle, nicht von einer bonae fidei possessio, sondern von einer possessio lucrativa die Rede, und die erste Bedingung einer solchen ist, wie wir aus Gajus wissen, daß der usucapiren will, besessen haben müsse, ehe der Erbe den Besitz erlangte.

Comm. II. §. 52.

cujus posessionem nondum nanctus est.

So sind also auch hier die Worte: „quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est," erst verständlich, und im Grunde eine Parallelstelle zu unserem Gajus, wie sie denn auch der Herausgeber schon als solche bezeichnet hat. — Noch will Savigny [9]) aus dem, was uns Gajus über die usucapio pro herede sagt, den Satz des Römischen Rechts nemo sibi causam posessionis mutare potest erklären. Weil man bei einem Todesfall nur hätte zugreifen dürfen, um pro herede usucapiren zu können, so hätten es natürlich auch die, welche schon gewissermaßen eine Detention oder einen Besitz gehabt, wie der Depositar oder Käufer gekonnt; beiden wäre dieses vortheilhaft gewesen, weil der Käufer Grundstücke in weit schnellerer Zeit erworben

9) Besitz. S. 57.

hätte, der Depositar aber, der gar nicht usucapiren konnte, nunmehr der Usucapion fähig geworden wäre. Damit dieses nun nicht geschehe, soll der Satz eingeführt worden seyn: nemo sibi causam possessionis mutare potest.

Daß diese Erklärung aber grundlos ist, dafür giebt es eine Menge von Beweisen. Zuerst könnte wohl nicht mit Unrecht gefragt werden, weswegen diese Rechtsregel denn eigentlich eingeführt worden? Wenn jeder der nicht besitzt, nur zugreifen darf um pro herede zu usucapiren, warum sollte es nicht eben so gut der schon Besitzende durch Veränderung seines Besitzes können: daß man schon einen anderen Grund des Besitzes habe, soll ärger seyn, als wenn man gar keinen überhaupt hat? Da wäre ja mit einemmale der beliebte Rechtssatz beati possidentes eine Lüge, und alle Dissertationen darüber zu Schanden geworden. Ist es, wie angegeben wird, Zweck des ganzen seltsamen Instituts, daß der Erbe recht bald antrete, so kann wohl dieser Zweck nicht besser befördert werden, als wenn es auch den schon Besitzenden erlaubt wird pro herede zu usucapiren: dann würde der Erbe genöthigt seyn, die Erbschaftssachen einzufordern, und so durch gestio antreten. Ferner aber ist das gegen die eben angeführte Erklärung entscheidend, daß man nun nicht weiß, warum die fragliche Rechtsregel so oft im Justinianeischen Recht vorkommt. Hätten die Compilatoren dieselbe wohl so oft aufgenommen, wie sie

es thaten, wenn sie sich gerade auf dasjenige bezog, wovon zu Justinians Zeit auch keine Spur mehr übrig, die usucapio lucrativa?

Das schlagendste aber, was gegen die Ansicht von Savigny angeführt werden kann, ist, daß unsere Quellen der Rechtsregel nemo sibi causam possessionis mutare potest, häufig bei Fällen Erwähnung thun, wo gar nicht möglicherweise an eine usucapio pro herede gedacht werden kann. So in l. 3. §. 20. de aq. v. am poss. (41. 2.) „Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit: non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. Wenn ich die bei mir deponirte Sache kaufe oder zum Geschenk erhalte, sagt Paulus, kann von mir, der früher gar nicht besaß, schwerlich gesagt werden, ich habe causam posessionis geändert. Der Grund, warum dies nicht gesagt werden kann, ist also nicht der, daß hier keine usucapio pro herede statt findet, gegen welche nach Savigny die ganze Rechtsregel gerichtet ist. In l. 1. §. 2. pro donato (41. 5.) wird gesagt, eine Frau könne nach der Scheidung, das von ihrem Manne geschenkt erhaltene nicht usucapiren, *quoniam non possit sibi causam possessionis ipsa mutare.* Hier kann von keiner usucapio pro herede die Rede seyn, denn die Ehe ist nicht durch Tod, sie ist durch Scheidung aufgelöst. Also auch, wo an eine usucapio pro herede nicht gedacht wird, findet diese Rechtsregel An-

wendung. In der l. 6. §. 3. de precario (43.26.) wird von einem Dejicirenden, der nachher mit des dejectus Erlaubniß precario besaß, gesagt: neque existimare sibi causam posessionis mutare. Als Grund wird angegeben, weil er jetzt nicht eigenmächtig besitze. Wo ist hier im entferntesten eine usucapio pro herede, auf die sich diese Rechtsregel bezöge? Der aber, welchem diese, wie mich dünkt, augenscheinlichen Beweise nicht genügen sollten, denke nur an die hohe Unwahrscheinlichkeit, daß die Römer eine so allgemeine Rechtsregel, in den generellsten Ausdrücken abgefaßt, bloß wegen einer seltsamen höchst speziellen Anomalie abgefaßt haben werden, da es doch wohl weit eher denkbar ist, es sey diese uralte und ganz allgemeine Rechtsregel unter andern dazu gebraucht worden, das in sich eben nicht vortreffliche Institut der usucapio pro herede zu beschränken, als es überhaupt schon anfing außer Gebrauch zu kommen [1]).

Unter andern wurde also auch die allgemeine Rechtsregel: nemo sibi causam posessionis mutare potest, zur Beschränkung der usucapio pro herede angewandt, und die Stelle Julians in l. 2. §. 1. pro herede (41. 5.), woraus Savigny seine Ansicht allein rechtfertigen will, weil hier *lucrifacere* und pro herede vorkommt, spricht freilich von einer

1) Diesen letzten sinnreichen Einwurf verdanke ich meinem verehrten Lehrer Thibaut, der dessen Mittheilung wohl entschuldigen wird.

solchen einzelnen Anwendung der allgemeinen Regel auf die usucapio lucrativa. Daß es aber die einzige sey, hat Savigny nicht bewiesen: und so lange dies nicht geschehen, ist auch nicht ein einziger Grund für seine Behauptung vorhanden.

Ungeschwächt bleibt daher der Einwurf, den Erb [2]) in einem noch ungedruckten Werke über den Besitz aus der obigen l. 2. §. 1. pro herede (41. 5.) gegen die Terminologie Savignys gemacht hat, der posessio civilis im Gegensatz der posessio naturalis den Usucapionsbesitz nennt. Wir wollen die Stelle hierher setzen.

l. 2. §. D. pro herede (41. 8). Julianus lib. 44. Digestorum.

Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut posessio *non solum civilis*, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est lucrifaciendi causa pro herede usucapere posse.

Wenn posessio civilis nun, kann man nach dieser Stelle fragen, die höchste Staffel des Besitzes, den Usucapionsbesitz bedeutet, wie könnte dieser Besitz noch verbessert werden? Savigny antwortet

2) Auch die Kunde dieses Einwurfs verdanke ich der Mittheilung von Thibaut.

freilich nun [3]): durch die usucapio lucrativa: dadurch nämlich wird der Käufer, der ein Landgut in zwei Jahren usucapirte, nun in einem Jahre damit zu Stande kommen. Aber ist wohl denkbar, daß ein bonae fidei posessor seinen wohlerworbenen Besitz in einen schlechteren dieses Vortheils wegen umwandeln wird, wodurch er nun noch dazu den Nachtheil hätte, den Regreß an seinen auctor zu verlieren? ist es ferner denkbar, daß wenn dies Julian gemeint hätte, er, wo dies weniger Vortheil bringt, die possessio civilis, als das Unbestrittene Bekannte vorausgeschickt, und bloß die possessio naturalis, als den zu bezweifelnden Punkt erläutert hätte? Könnte er sagen; „ut possessio non *solum civilis sed etiam* naturalis intelligatur, wenn gerade der geringste Vortheil bei der posessio civilis ist? Wiederum aber wird von der ganzen Rechtsregel so allgemein gesprochen, daß eine Beschränkung auf die usucapio lucrativa hineinzulegen fast gar nicht möglich ist.

Außer dem Fall der usucapio lucrativa führt Gajus noch zwei Fälle auf, wo jemand mala fide eine fremde Sache usucapiren kann. Beide beziehen sich auf den Umstand, daß der frühere Eigenthümer auf eine leichtere Weise zu seiner nicht mit Willen verlorenen Sache kommen soll. Wer fiduciae causa seine Sache mancipirt, oder in jure cedirt hat, kann diese in einem Jahre, wenn sie auch unbeweglich ist,

3) Besitz. S. 59.

wieder usucapiren. Ist ein Pfandrecht der Grund der fiducia, so steht die Usucapion dem vorigen Eigenthümer nach bezahlter Schuld immer zu; bei nicht bezahlter Schuld nur dann, wenn die Sache weder vom Gläubiger gemiethet ist, noch precario von demselben besessen wird. Ist der Grund der fiducia ein depositum, so steht Usucapion immer zu. Aber auch wenn das Römische Volk eine ihm verpfändete Sache verkauft hat, und der vorige Eigenthümer wieder in den Besitz mala fide kommt, so kann er sie usucapiren; hier findet aber auch beim praedium die gewöhnliche zweijährige Usucapion statt. Dieses ganze Institut nun heißt usureceptio: bei einer dem Volke verpfändeten Sache usureceptio ex praediatura [4]).

So viel von der mancipatio, in jure cessio und usucapio. Von der Adjudication und der lex, als gemeinschaftlichen Erwerbungsarten der res mancipi und nec mancipi, wie sie Ulpian [5]) nennt, ist bei Gajus nichts zu finden. Nicht viel mehr aber lernen wir aus ihm über die natürlichen Erwerbungsarten zu. Was er über Occupation [6]), Alluvion [7]), Consolidation [8]) und sonst über Accession sagt, wußten wir aus den Institutionen und Pandekten. Bei Gelegenheit der Specification erwähnt Gajus ebenfalls die bekannte Streitfrage

4) Comm. II. §. 59 — 62.
5) XIX. §. 16. 17.
6) Comm. II. §. 66 — 70.
7) Comm. II. §. 70 — 72.
8) Comm. II. §. 73.

der Sabinianer und Proculejaner. Von einer media sententia existimantium, welche die Institutionen mittheilen, hat er indessen nichts. Hieraus geht ziemlich deutlich hervor, daß ein Theil der l. 7. §. 7. de aq. rer. dom., welche angeblich den rebus cottidianis unseres Gajus entlehnt ist, auf reiner Interpolation beruht. Auch hier wird von einer media sententia recte existimantium, wie in den Institutionen gesprochen. Daß dieses nun Gajus nicht geschrieben haben könne, beweisen die Institutionen desselben. Würde er hier wohl gerade die wichtigste Ansicht in der Streitfrage, deren er Erwähnung thut, ausgelassen haben? Liegt es ferner in dem Geiste des Gajus, der noch so streng seiner Schule anhängt, daß er von einer anderen Meinung sagen könne: sententia *recte* existimantium? Dies alles macht es höchst wahrscheinlich, daß Justinian die von ihm gebilligte Meinung dem Gajus als Referenten untergeschoben, wie denn gar häufig, was unten noch mehr ins Licht treten kann, die res cottidianae ein beliebtes Territorium für Justinianeische Interpolationen gewesen sind.

Nachdem dergestalt die Lehre von den Sachen und ihren Erwerbungsarten abgehandelt worden, bleiben in dieser ganzen Lehre noch drei Punkte der Betrachtung übrig: daß bisweilen der Herr nicht veräußern kann, daß Veräußerung bisweilen dem Nichteigenthümer zusteht, und daß wir nicht allein durch uns, sondern auch durch die Personen erwer-

ben können, die in unserer Gewalt sind. Das Neue, das Gajus uns hierüber mittheilt, soll jetzt hier einen Platz finden.

1) Schon zu Gajus [9]) Zeiten war das in Zweifel gezogen, ob das Verbot der lex Julia, die Veräußerung des fundus dotalis betreffend, sich lediglich auf praedia Italica oder auch auf praedia provincialia bezöge. In so fern ist der eine Theil der Aenderung Justinians in der l. un. C. de rei ux. actione, deren er sich so sehr in den Institutionen rühmt, nichts als die Annahme einer schon bestehenden früheren Ansicht.

2) Der Umstand, daß eine Frau nur eine res mancipi ohne ihren Tutor nicht veräußern dürfe, ein Pupill aber gar nichts ohne denselben, wird von Gajus [1]) an einem mutuum erwiesen, welches Beispiel schon aus der Topik des Cicero bekannt ist. Creditirt eine Frau Geld, so ist eine obligatio mutui begründet, weil Geld keine res mancipi ist. Creditirt es ein Pupill, so ist kein mutuum vorhanden, weil ein Pupill nichts veräußern kann, Veräußerung aber Criterium eines mutuum ist [2]). Eben so verhält es sich mit der Bezahlung an eine Frau, und an einen Pupillen [3]); da eine obligatio als Sache betrachtet res nec mancipi ist, so kann die Frau den Schuldner befreiend gleichsam dieselbe veräußern; der Debitor

9) Comm. II. §. 63.
1) Comm. II. §. 81. 82.
2) §. 2. J. quib. ali. licet.
3) l. 19. §. 1. de reb. cred. (12. 1.)

eines Pupillen kann niemals befreit werden, bezahlt er ohne den Tutor. Doch auch der Debitor einer Frau kann nicht durch Acceptilation befreit werden, wahrscheinlich, weil hier die Form der Stipulation nothwendig ist, und eine Frau ohne ihren Tutor sich nicht obligiren darf [4]). Uebrigens verdient hier die Ordnung der Justinianeischen Institutionen im Gegensatz derer des Gajus gerühmt zu werden, da sie das Veräußerungsverbot der lex Julia mit der Veräußerungsunfähigkeit der Pupillen in einem Titel verbinden, was bei Gajus nicht geschieht, der die natürlichen Erwerbungsarten dazwischen abhandelt.

3) Daß es streitig gewesen, ob man durch Kinder und den Sklaven, welches man in usufructu hat, wie jede andere Sache, so auch Besitz erwerben könne, erzählt uns Gajus. Der Grund des Zweifels liegt darin, daß man Kinder und den Sklaven in usufructu selbst nicht besitzt.

Comm. II. §. 90.

Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt, *an autem posessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.*

Comm. II. §. 94.

De illo *quaeritur* an per eum servum in quo usumfructum habemus *possidere aliquam rem* et

4) Comm. I. §. 83 — 85.

et usucapere possimus, *quia ipsum non possidemus.*

Justinian übergeht natürlich in den Institutionen die Frage, ob man durch seine Kinder besitzen könne. Rücksichtlich des Sklaven in usufructu entscheidet er sich für die Meinung, daß man durch ihn Besitz erwerben könne [5]).

4) Nach einer sehr wahrscheinlichen Vermuthung des Herausgebers, hat Gajus in folgendem lückenhaften Paragraphen davon gesprochen, daß es streitig sey, ob man durch Stellvertreter Besitz erwerben könne oder nicht.

Comm. II. §. 95.

et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse ********** ***** quaeritur anne ********** nobis adquiratur.

Die gewöhnliche Meinung, durch Institutionen, und Pandektenstellen [6]) unterstützt, war bisher, eine Constitution Severs habe erst den Besitz durch Stellvertreter eingeführt; doch wie Savigny [7]) schon vortrefflich bemerkt hat, geht aus den Worten der Constitution selbst, wo pridem nicht prudentia zu lesen ist, deutlich genug hervor, daß bloß jetzt erst ein Gesetz bestätigte, was schon früher als Gewohn-

5) §. 4. J. p. q. p. v. á. (II. 9.) l. 11. §. 6. de pign. act. (13. 7.)

2) §. 5. J. eodem (II. 9).

7) Besitz. S. 318.

heitsrecht gegolten hatte. Diese Ansicht wird nun, dafern, wie nicht gezweifelt werden kann, die Inhaltsangabe des Herausgebers im §. 95. richtig ist, durch eben diese Stelle des Gajus bestätigt.

5) Man kann durch diejenigen Personen erwerben, die in unserer Gewalt sind. Aber eine Erwerbungsart findet bei solchen Erwerbungen nicht statt, die in jure cessio. Sie beruht bekanntlich auf einer scheinbaren Vindication. Da nun eine Vindication beim Vindicirenden die Fähigkeit voraussetzt, Eigenthum zu haben, so wäre es ein unerhörter Widerspruch, wenn man diejenigen vindiciren ließe, die gar nichts in ihrem Vermögen haben. Zum Beispiel mag dies dienen, wie heilig den Römern die Form ist, und wie auch Inconsequenz im Symbol nicht geduldet wird.

Comm. II. §. 96.

In summa sciendum est *his* q*ui in* potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse, cum enim *i*starum personarum nihil suum esse possit conveniens est scilicet ut nihil *omni*no in jure vindicare possint.

Ueber die Stellung des in dieser Abhandlung Dargestellten, im neueren Recht, ist fast nichts mehr hinzuzufügen. Die Eintheilung in res mancipi und nec mancipi hat aufgehört. Eben so ist von Mancipation und in jure cessio keine Spur mehr vorhanden. Zur Usucapion gesellt sich die langjäh-

rige Ersitzung, bis sie von Justinian verschmolzen werden. Daß Gajus von dieser Ersitzung nichts weiß, widerlegt die Ansicht, daß sie älter sey als die Kaiserperiode [8]); durch Kaiserliche Constitutionen eingeführt, ist sie gewiß nicht lange vor Caracalla (Magnus Antoninus) da gewesen. Auch die außerordentlichen Ersitzungen bilden sich zum Theil weit später aus; usureceptio hört auf, wie jede usucapio mala fide. Nachdem das Institut des Peculii immer umfassender geworden, und das mancipium nicht mehr vorhanden ist, kann man bloß noch durch Sklaven erwerben.

8) Unterholzner Verjährung. S. 272.

Sechste Scholie.

Das Erbrecht.

Gaji Comm. II. §. 99 — III. §. 77.

Diese Abhandlung wird darin von allen anderen in dieser Schrift enthaltenen abweichen, daß sie mehr eine compendiarische Uebersicht der ganzen Geschichte des Erbrechts sich zu geben bemüht, als eine genauere Erörterung einzelner Punkte desselben. Doch soll dabei die Rücksicht auf den Zweck der ganzen Schrift nicht außer Augen gesetzt werden, indem bei demjenigen, was uns Gajus bietet, wenn die Sache es erheischt, länger verweilt werden wird, und in so fern wird ein Hervorheben des Einzelnen auch hier nicht ausgeschlossen seyn.

Alle Römischen Rechtssysteme handeln das Erbrecht als eine successio per universitatem bei der Lehre von den Sachen ab, und es giebt in der That keinen einzigen anderen Gesichtspunkt, aus dem man das Erbrecht betrachten könnte. Nur in so fern in einer hereditas auch obligationes enthalten sind, ist der Verkauf einer Erbschaft dem einer obligatio zu ver-

gleichen: daher die andere Zusammenstellung der hereditas und actio, in einem Pandektentitel. Würde nun consequent der erstere Standpunkt festgehalten, so müßte das Legat und Singularfideicommiß durchaus von dem Erbrecht getrennt und als Erwerbungsart der einzelnen Sachen aufgeführt werden, wie dies denn auch Ulpian [1]) zur besseren Uebersicht thut. Die Consequenz aber opfern die Römischen Systematiker, und mit ihnen Gajus der Bequemlichkeit auf, es selbst wohl einsehend und bemerkend [2]). So wollen wir es denn mit ihnen, wenn auch ungern, ebenfalls hierin halten.

Zweierlei leges giebt es bekanntlich, nach denen man in die Rechte eines Verstorbenen eintreten kann, Testament und Intestaterbfolge. Daß beide nicht concurriren können, hat wohl darin seinen Grund, daß das Testament nichts ist, als eine veränderte Richtung der Intestaterbfolge. Statt des gewöhnlichen wird mit gesetzlicher Erlaubniß ein anderer Intestaterbe substituirt. Nun ist aber alles erklärt. Der neue Intestat- (besser gesetzliche) Erbe wird alles erhalten was da ist, und in so fern kann an einen Fremden, den kein Gesetz zur Erbschaft ruft, nicht mehr gedacht werden. Daß der Rechtssatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, auf einer zu stricten Interpretation der zwölf Tafeln beruht habe, ist wohl weniger wahr-

1) XIX. §. 17. 2) Comm. II. §. 97.

scheinlich [3]). Wo weder Testaments- noch Intestaterbe ist, da weist erst ein ausgebildeteres Staatsrecht dem Fiscus die Befugniß des Eintritts in die Verlassenschaft zu. Nach folgender Ordnung soll das Erbrecht hier abgehandelt werden.

Erster Abschnitt. Von dem Erbrecht der ingenui.

1) Durch Testament.

2) Recht der Intestaterbfolge.

3) Bonorum possessio.

4) Legate und Fideicommisse.

Zweiter Abschnitt. Von dem Erbrecht der Freigelassenen.

Dritter Abschnitt. Von der Antretung und dem Verkauf der Erbschaft.

Vierter Abschnitt. Von der Caducität.

Erster Abschnitt.

Von dem Erbrecht der ingenui.

1) Durch Testament.

Will man einen genauen und einfachen Standpunkt für die Untersuchung haben, wie eine Erbfolge durch Testament beschaffen sey, so wird die Frage, auf deren Beantwortung alles beruht, so gestellt werden müssen: was ist erforderlich, daß keine In-

3) Thibaut civ. Abh. S. 73 u. fg.

testaterbfolge eintrete? Denn wenn wir einmal wissen, daß ein Testament gültig besteht, so bedarf es keines weiteren, und die ganze Lehre löst sich also darin auf: welcher Form genügt seyn müsse, und welchen materiellen Bedingungen, daß es bestehen könne.

Aeußere Form der Testamente.

Schon vor den zwölf Tafeln gab es zwei Formen der Testamente, das in calatis comitiis, und das in procinctu, das Testament für die Friedenszeit, und dasjenige, was die nahe Kriegesgefahr erheischte, weil die calata comitia nur zweimal im Jahr gehalten wurden. Unsere Quellen [4]) über diese beiden uralten Testamente sind höchst dürftig, daher ihr Ursprung und die Zeit ihres Verschwindens gleich unbekannt. Daß diese Testamente gar nicht als solche eigentlich zu betrachten wären, indem das testamentum in calatis comitiis gar nicht revocabel [5]), hingegen das in procinctu, ohne besonderen Widerruf an sich nach beendigtem Kriege nichtig gewesen [6]), ist häufig ohne Grund behauptet worden. Plötzliche Todesgefahr, so daß weder ein testamentum in ca-

4) Festus voce Endoprocinctu. Gellius lib. XV. cap. 27. Servius ad Aeneid. lib. VII. v. 612. Ulp. XX. §. 2. §. 1. J. de test. ord. (II. 10.) Cicero de nat. deor. lib. II. cap. 3. Plutarchus in Coriolano p. 207. Theoph. II. 10. 1. Comm. II. §. 101.

5) Treckell de orig. testamentifactionis p. 28.

6) Thomasius Prim. initia succ. testam. ap. Romanos §. 27.

latis comitiis, noch in procinctu möglich war, wird von Gajus [7]) und Theophilus [8]) als der Entstehungsgrund einer dritten Testamentsform, der per aes und libram angegeben. Sie beruht auf einer förmlichen Mancipation des Vermögens, an einen familiae emptor, wie immer vor fünf Zeugen und einem libripens [9]), dann aber auf einer feierlichen Nuncupation dessen, was die tabulae testamenti enthalten [1]). Da aber sonst der Erbe selbst familiae emptor war, so ist es Rechtssatz, daß weder der in dessen Gewalt dieser letztere steht, noch der mit dem er in einer Gewalt ist, noch der in seiner potestas sich befindet, Testamentszeuge seyn könne [2]). Der Grund dieses Satzes hört zwar auf, nachdem der Erbe späterhin eine andere als die bloß noch symbolische Person des familiae emptor ist, er sollte nun vielmehr auf den Erben und die mit ihm verbundenen Personen übertragen werden. Dem ist aber nicht so. Bloß die personae conjunctae des familiae emptor dürfen nach wie vor nicht Zeugen seyn, bei den Verwandten des Erben wird es bloß

7) Comm. II. §. 102.

8) II. 10, §. 1.

9) Comm. II. §. 103. 104. Ulp. XX. §. 2. Neu ist in Gajus die Mancipationsformel: *Familiam pecuniamque tuam — — — — mea, quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere*, et ut quidam adjiciunt aeneaque libra esto mihi empta. Quinct. Decl. 308.

1) Ulp. XX. §. 9. Comm. II. §. 104.

2) Comm. II. §. 105. Ulp. XX. §. 3.

Sitte sie nicht zu gebrauchen [3]). Erst nachdem das Mancipationstestament längst außer Gebrauch gekommen, nimmt Justinian den mit den Erben verbundenen Personen die Fähigkeit Testamentszeugen zu seyn [4]). Was aber vom familiae emptor gilt, ist ebenfalls auf den testator anwendbar: auch die mit ihm verbundenen Personen können nicht Zeugen seyn [5]). Selbst das Zeugniß eines Vaters, dessen filiusfamilias über sein peculium castrense testirt, ist ungültig [6]), wenn auch eine Pandektenstelle [7]) widerspricht. Aber auch keine Frau, kein Rasender, Unmündiger, Stummer, Tauber, Peregrine, Sklave, können familiae emptor oder Zeuge (wozu auch der libripens gehört) seyn [8]). Wohl kann dies aber der Latinus Junianus, weil mit ihm testamenti factio ist [9]).

Die drei Arten der Testamente nun, in calatis comitiis, in procinctu, und per aes et libram bestanden vor und nach den zwölf Tafeln längere Zeit neben einander. In dem uti legassit etc. der zwölf Tafeln ist wahrscheinlich nicht allein auf die materielle Freiheit über sein Vermögen zu disponiren, sondern auch auf die freie Wahl der Testamentsform

3) Comm. II. §. 108. „sed tamen, quod ad heredem pertinet, quique in ejus potestate est, cujusve is in potestate erit minime hoc jure uti debemus. Comm. II. §. 103.

4) §. 10. J. eodem (II. 10).

5) Comm. II. §. 106. Ulp. XX. §. 4. 5. §, 9. J. eodem (II. 10).

6) Comm. II. §. 106. §. 9. J. eodem (II. 10).

7) l. 20. §. 2. Qui testam. (28. 1.)

8) Ulp. XX. §. 7.

9) Ulp. XX. §. 8.

hingedeutet. Aber schon in den Zeiten der Republik kommen die beiden Testamentsformen in calatis comitiis und in procinctu außer Gebrauch [1]), und das Mancipationstestament bleibt alleingültige Form. Neben diesem entsteht bald eine andere Art, wie aus einem letzten Willen geerbt werden kann, die nicht sowohl eigene Testamentsform als Nichtberücksichtigung der bestehenden genannt werden dürfte. Häufig giebt der Prätor, da wo nach Civilrecht, aus formellen oder materiellen Gründen, das Testament ungültig ist, eine bonorum possessio secundum tabulas, wenn nur die auch beim Mancipationstestament nothwendigen sieben Personen (fünf Zeugen, libripens, familiae emptor [2]) dasselbe untersiegelt haben [3]), und wenn der Testator zur Todeszeit civis Romanus und sui juris gewesen, auch testamentifactio gehabt hat. Von dem Wesen der b. p. s. t. kann erst unten gesprochen werden. Weil diese prätorische Vergünstigung immer dennoch an eine bestimmte Form gebunden ist, hat sie den Namen des prätorischen Testaments erhalten [4]). Gajus und Ulpian wissen von keinem prätorischen Testament: sie sprechen nur von einer b. p. s. tabulas. Auch ist vor dem Kaiser Marcus Antoninus der Begriff eines solchen Testaments ganz undenkbar, denn da vor ihm der-

1) Comm. II. §. 103. §. 1. J. eod. (II. 10.) Ulp. XX. §. 2.

2) Treckell, de or. testam-fact. p. 167.

3) Ulp. XXIII. §. 6. Comm. II. §. 119.

4) §. 2. J. de test. ord. (II. 10.)

jenige, welchem die b. p. s. tabulas zusteht, dem Intestaterben nach Civilrecht weichen muß [5]), so ist hier das Charakteristische der testamentarischen Erbfolge, die jedes Intestaterbrecht ausschließt, nicht vorhanden. Erst nachdem Antoninus eine exceptio doli gegen den Intestaterben gestattet, ist ein wirksames Recht aus dem s. g. prätorischen Testament vorhanden [6]). Nun erst kann die Form der Siegel von sieben Zeugen in die Reihe der Testamentsformen überhaupt treten; es kann nun jedem freistehen, willkührlich diese Form zu erwählen, da sie früherhin nur als eine bisweilen eintretende Ergänzung der allein gültigen Form angesehen werden mußte. Ueber die Collision eines solchen prätorischen Testaments mit dem Civiltestament kann erst füglich unten bei der bonorum possessio gesprochen werden.

Einzige Form des prätorischen Testaments waren also sieben Zeugen, die das Testament zusiegeln mußten. Bei dem Civiltestament gehörte das Zusiegeln nicht zur Form [7]), wenn auch schon früh Civiltestamente der Siegel als Beweismittel nicht ermangeln mochten [8]). Die Unterschrift der Zeugen und

5) Comm. II. §. 119.

6) Comm. II. §. 120. Hierher gehört gewiß auch die sehr corrumpirte Stelle aus Pauli sent. rec. IV. 8. §. 2. „*Sine* jure praetorio factum testamentum *ab*jecta doli exspectatione obtinebit," vielleicht so zu restituiren: „*si* jure praetorio factum testamentum *ob*jecta doli exceptione obtinebit."

7) §. 2. J. de test. ord. (II. 10.) „cum jure civili signa testimu non erant necessaria. Heidelb. Jahrb. S. 698.

8) Suetonius in Tiberio cap. 23. Nero cap. 4. Sa-

des Testators, wovon Gajus und Ulpian nicht sprechen, wurde sowohl beim Mancipationstestament als beim prätorischen durch spätere Constitutionen eingeführt [9]). Die nun unnöthig gewordene Mancipation mußte indessen jetzt allmählig aufhören, wenn auch der genaue Zeitpunkt dieses Aufhörens sich nicht bestimmen läßt. Es scheint die Mancipation durch eine Theodosische Novelle [1]) gesetzlich aufgehoben worden zu seyn, da Savigny [2]) nicht erwiesen hat, eine spätere Novelle Valentinians sey der Grund, warum man dies nicht annehmen dürfe [3]). Justinian fügt zur bestehenden Form noch das hinzu, daß von nun an Testator oder Zeugen den Namen des Erben niederschreiben müssen [4]), und so ist denn im Justinianeischen Recht folgende Form des Testaments nothwendig: sieben fähige Zeugen dazu aufgefordert und freiwillig gegenwärtig, die siegeln und unterschreiben müssen, Einheit der Handlung, und endlich die Unterschrift des Testators oder eines octavus subscriptor für ihn, so wie die ausdrückliche Bezeichnung des Erben durch ihn, oder die Zeugen. Beim mündlichen Testament vertritt das Aussprechen die Stelle des Schreibens [5]).

vigny in Zeitschrift f. g. R. Bd. 1. Hft. 1. S. 84. 85.

9) §. 3. J. eodem (II. 10). Treckell l. l. p. 183.

1) Jus civ. Ant. p. 1251.

2) Zeitschrift. a. a. O. S. 89. u. fg.

3) Erb, Heidelberger Jahrbücher, Jahrgang 1815. S. 696. 697.

4) l. 29. Cod. de test. 6. 23. §. 4. J. eodem (II. 10).

5) l. 28. 29. C. de test. (6. 23.)

Außer diesem ordentlichen Privat-Testament giebt es aber nun viele außerordentliche; I) das testamentum militare durch Kaiserliche Constitutionen eingeführt [6]), und in jedem Fall weit älter als Trajan [7]). Es ist charakterisirt, wenn man sagt, es bestehe in der bloßen Willensäußerung, und was sonst ein Testament der Form und dem Inhalt nach ungültig macht, schade hier nicht. Nach Gajus [8]) kann sogar ein Latinus Junianus, ein peregrinus, ein caelebs, ein orbus von einem Soldaten eingesetzt werden, kurz jeder bis auf den servus poenae, und den eigenen Sklaven, den man für frei hielt [9]). Nach der missio dauert ein solches Militairtestament noch ein Jahr fort [1]). Da es früher unbeschränkt dem Soldaten in Kriegs- und Friedenszeit zustand, ist es von Justinian bloß auf die Zeit des Feldzuges beschränkt worden [2]). Noch erließ der Kaiser Diocletian: II) die unitas actus, bei ansteckenden Krankheiten [3]). Der Kaiser Justinus vermehrte III) bei dem Testamente eines Blinden die Zeugenzahl um einen, der wo möglich Notar seyn, und das mündliche Testament niederschreiben, das schriftliche verlesen muß [4]). Justinian endlich erläßt IV) zwei Zeugen, bei einem Testamente auf dem

6) Comm. II. §. 109, §. 1. J. de mil. test. (II. 11).

7) §. 1. J. eodem (II. 11). l. 24. D. de mil. test. (29. 1.)

8) Comm. II. §. 110.

9) l. 13. §. 2. D. de test. mil. (29. 1.) l. 5. C. de test. mil. (6. 22).

1) Ulp. XXIII. §. 10.

2) l. 15. C. eodem (6. 22).

3) l. 8. C. de test. (6. 23.)

4) l. 8. C. de test. (6. 22.)

Lande, und erlaubt einem für alle zu unterschreiben [5]), V) aber können Eltern ihre Descendenten in einem Testament ohne Zeugen einsetzen [6]). Schon vor dem Kaiser Arcadius [7]) übrigens, ersetzt das beim magistratus oder Fürsten niedergelegte s. g. öffentliche Testament die Formen des Privattestaments.

Wer kann ein Testament machen?

Aber damit Intestaterbfolge nicht eintrete, ist nicht allein die vorgeschriebene Testamentsform nothwendig, sondern auch daß der Testirer in sich die Fähigkeit habe, diese Form zu gebrauchen. Testamentifactio hat jeder Römische Bürger bis auf den mutus, surdus, furiosus, prodigus, impubes und filiusfamilias, welcher letztere jedoch seit Marcus Aurelius [8]) über sein peculium castrense, späterhin auch über das quasi castrense testiren kann.

Weil Stumm- und Taubseyn aber bei der alten Form des Mancipationstestamentes ein größeres Hinderniß, als bei der des neueren Rechts, so herrschen auch in diesem mildere Ansichten über diese Unfähigkeit [9]). Ferner ist jeder lege intestabilis zu testiren unfähig, Weiber aber nur ohne Auctorität ihres Tutors [1]), und servi publici über die Hälfte ihres

5) l. 31. C. de test. (6. 23.)

6) Nov. 107. cap. I.

7) l. 18. C. de test. (6. 23.)

8) Ulp. XX. §. 10.

9) §. 3. J. quibus non permittitur (II. 12). l. 10. C. qui test. (6. 22.)

1) Comm. II. §. 118. Ulp. XX. §. 15.

Vermögens [2]), ein Latinus Junianus hat zwar im Allgemeinen testamentifactio aber speziell verbietet ihm die lex Junia ein Testament zu machen [3]). Der Blinde, der durch Mancipationstestament vollkommen gültig testiren konnte, darf es nach neuerem Recht nur nach den oben angegebenen Erschwerungen.

Innere Form der Testamente.

Vollständige äußere Form und testamentifactio allein machen aber das Testament noch nicht zu einem gültigen. Auch für die innere Abfassung sind Formen nothwendig. Nur wenn nach älterem Recht der Erbe in folgenden Ausdrücken eingesetzt ist, heres esto, heredem esse jubeo, heres sit, ist das Testament wirksam: jede andere Institutionsformel hat keine Kraft [4]). Nach späteren Kaiserlichen Constitutionen [5]) indessen sind diese förmlichen Worte bei der Erbeinsetzung nicht mehr nöthig, und jeder beliebige Ausdruck freigestellt, ja ein Erbe braucht nun gar nicht mehr genannt, sondern nur genau bezeichnet zu werden [6]).

Folgende Personen können nach älterem Recht nicht zu Erben eingesetzt werden, ein Peregrinus, ein Latinus Junianus, er müsse denn zur Todeszeit oder

2) Ulp. XX. §. 16.
3) Ulp. XX. §. 14.
4) Comm. II. §. 116. 117. Ulp. Tit. XXI.
5) l. 15. C. de test. (6. 23.)
6) l. 9. §. 8. D. de. her. inst. (28. 5.)

zur Zeit der Cretio Römischer Bürger seyn, ein coelebs, eine incerta persona, municipia, ausgenommen von ihren Freigelassenen, die Götter bis auf einige Ausnahmen. Eigene Sklaven können nur mit der Freiheit eingesetzt werden, fremde auch ohne dieselbe, gemeinschaftliche mit oder ohne Freiheit [7]). Spätere Kaiserliche Constitutionen von Constantin [8]), Leo [9]) und Justinian [1]) heben die Unfähigkeit der coelibes, municipia, und incertae personae eingesetzt zu werden auf. Schon vom Kaiser Pertinax [2]) schreibt sich ein Verbot her, den Kaiser litis causa nicht als Erben einzusetzen. Ferner sind in neuerem Recht unfähig, alle die lege intestabiles sind, Ketzer [3]), monströse Kinder [4]) durch ihre Eltern. Uebrigens giebt es noch mehrere Fälle theilweiser Unfähigkeit.

Zur Erbeinsetzung fähige Personen können nicht allein instituirt, sondern auch anderen substituirt werden. Zweck der Substitution ist Ausschließung der Intestaterbfolge, oder des jus accrescendi. So wie einer oder mehrere instituirt werden können, so dürfen auch einer oder viele beliebig einem oder Mehreren substituirt werden, im Fall der eingesetzte nicht Erbe

7) Ulp. XXII. §. 1—14.

8) l. un C. Theod. de inf. poen. coel.

9) l. 12. C. de hered. inst.

1) §. 27. J. de leg. (II. 20.)

2) §. ult. J. Quib. mod. (2. 17.)

3) l. 3. C. de apost. (I. 7.)

4) l. 6. C. de inc. nuptiis. (5. 5.)

Erbe wird [5]). Wenn der eingesetzte Erbe durch cretio die Erbschaft nicht antrat, so folgte der Substitut [6]): eine bloße pro herede gestio hilft dem Institutirten nicht zur Ausschließung des Substituten [7]). Nur dann, wenn auf den Fall eines Nichtantritts durch cretio der heres primi gradus nicht exheredirt ist, verhilft die bloße pro herede gestio zur Hälfte der Erbschaft, die nun der institutus mit dem substitutus theilt [8]); doch ist der Rechtssatz schon uralt [9]), daß so lange die Zeit der cretio nicht vorüber, der pro herede gerirende, und daher mit dem Substituten theilende Erbe, durch jetzt angestellte cretio den substitutus ganz ausschließen kann [1]). Der Kaiser Marcus Aurelius ändert dieses ganze Institut, indem er die pro herede gestio der cretio vollkommen gleichstellt, und demzufolge der pro herede gerirende Erbe den substitutus immer ausschließt [2]). Die Institutionen, die ihrer Gewohnheit zufolge, da wo sie Antiquirtes aus dem Gajus nicht aufnehmen können, gar gern ähnliche Institute ihrer Zeit an die Stelle setzen, haben auch hier einen speziellen Fall aus einem Rescript von Tiberius sonderbar genug auffindig gemacht, wo der institutus mit dem

6) Comm. II. §. 175. §. 1. J. de vulg. subs. (II. 15.)

6) Comm. II. §. 176.

7) Comm. II. §. 176.

8) Ulp. XXII. §. 34. — Comm. II. §. 177.

9) Comm. II. §. 178. „sed dudum quidem placuit."

1) Comm. II. §. 178. Ulp. 1. l.

2) Ulp. XXII. §. 34.

substitutus theilt, den Fall nämlich, wenn ein Sklave, den der testator für frei hielt, eingesetzt ist; tritt dieser Sklave auf Befehl seines Herrn an, so theilt er mit dem substitutus [3]).

Wie jeder Testator kann natürlich auch der, welcher väterliche Gewalt hat, seinem unmündigen Kinde einen Substituten setzen. Aber darin ist Pupillarsubstitution von der Vulgarsubstitution verschieden, daß jene sich auch noch darauf erstreckt, wenn das eingesetzte Kind als Pupille stirbt [4]), also gleichsam ein anderes Testament für den impubes selbst ist [5]). Aus diesem Begriffe folgt aber, daß der Gewalthaber auch dem von ihm enterbten Pupillen substituiren könne [6]). Um Nachstellungen zu verhüten ist es übrigens Sitte, die Pupilarsubstitution, oder besser jede Substitution überhaupt [7]), in einem unteren Theile des Testaments zu vermerken, diesen Theil besonders zuzusiegeln, und nicht zu erlauben, daß er bei Lebzeiten des Pupillen eröffnet werde [8]). Nothwendig ist diese Vorsicht jedoch nicht [9]). Auch postumis kann pupillariter sub-

3) §. ult. J. de vulg. subst. (II. 15.) l. 41. de her. inst. (28. 5.)

4) Comm. II. §. 179. 180. pr. J. de pup. subs. (II. 16.) Ulp. XXIII. §. 7.

5) Comm. II. §. 180.

6) Ulp. XXIII. §. 8. Comm. II. §. 182. §. 4. J. eodem (II. 16).

7) Comm. II. §. 181. „set longe tutius est."

8) Comm. II. §. 181.

9) §. 3. J. eodem (II. 16). „Illud palam est non ideo minus valere substitutionem impuberis filii etc.

stituirt werden [1]). Jeder Vulgarsubstitut gilt nach Cicero's Zeiten auch als Pupillarsubstitut und umgekehrt, wenn nur einer von diesen ernannt ist [2]). Analog der Pupillarsubstitution führt Justinian [3]) eine Quasipupillarsubstitution ein, die dem nicht ganz sein Kind enterbenden Ascendenten eines Wahnsinnigen zusteht. Sie hört auf sobald der Wahnsinn vorüber ist. Aber zur inneren Form des Testaments gehört auch daß sui heredes entweder eingesetzt oder enterbt werden. Hier ist ein inconsequentes Hinneigen des Systems der testamentarischen Erbfolge zu dem der Intestaterbfolge bemerklich, das aber wohl weit späteren Ursprungs als die 12 Tafeln ist. Der filius in potestate muß im Testamente nominatim eingesetzt, oder exheredirt seyn: sonst ist das Testament nichtig. Die Sabinianer meinten, wie uns Gajus [4]) erzählt, auch in dem Falle, wenn der präterirte Sohn vor dem Testator sterbe, sey das Testament ungültig: die Proculejaner hingegen wollten es in diesem gelten lassen. Andere Kinder in potestate außer dem filius brauchen nur inter ceteros enterbt zu werden; aber auch wenn sie mit Stillschweigen übergangen sind, wird das Testament nicht nichtig, sondern sie accresciren nur dem eingesetzten fremden Erben zur Hälfte, den eingesetzten suis pro parte virili. Was rücksichtlich der Exheredation von Lebenden gilt, gilt

1) Comm. II. §. 183. §. 4. J. eodem (2, 16).

2) l. 1. §. 1. D. de her. inst. (28. 6.)

3) l. 9. C. de quasipup. subst. (6. 26.) §. 1. J. eodem (II. 16).

4) Comm. II. §. 123.

noch mehr von postumis. Der filius postumus non nominatim exheredatus rumpirt das Testament; die übrigen müssen ebenfalls wenigstens inter ceteros enterbt seyn, und noch dazu ein Legat erhalten [5]), sonst rumpiren sie das Testament, da die andern Kinder außer dem filius nur accresciren.

Es bezieht sich natürlich der civilrechtliche Satz, daß sui heredes eingesetzt oder enterbt werden müssen, nicht auf emancipirte Kinder. Der Prätor jedoch greift hier ein, indem er auch diese einzusetzen oder zu enterben befiehlt. Geschieht dies nicht, so ist das Testament zwar nicht ungültig, das emancipirte Kind erhält indessen eine bonorum possessio contra tabulas testamenti [6]). Von dem Verhältniß dieser bonorum possessio zum Civilrecht kann erst unten gesprochen werden.

Nothwendiger Inhalt eines Testaments.

Wenn die äußere und innere Form des Testaments beobachtet ist, wenn Testator und Erbe testamentifactio haben, so ist zwar das Testament gültig, und die Intestaterbfolge bleibt ausgeschlossen. Aber es kann das Testament noch hinterher umgestoßen werden, wenn nicht sein Inhalt gewissen Forderungen entspricht: es ist dies eine andere inconsequente Hinneigung der testamentarischen Erbfolge zum System des Intestaterbrechts. Schon in den

5) Ulp. XXII. 14—22. — Comm. II. §.

6) Ulp. XXII. §. 23. — Comm. II. §. 135.

Zeiten der Republik nämlich [7]) bildet sich durch die Praxis [8]) der Rechtssatz, daß es lieblos sey fremde Erben im Testamente seinen näheren Verwandten vorzuziehen. Diese sollen durch ein außerordentliches Centumviralgericht (quadruplex judicium [9]), wenn keine Gründe da waren sie zu enterben, das Testament umstoßen (rescindiren) lassen können, wodurch nun natürlich wiederum Intestaterbfolge eintritt [1]). Die querela inofficiosi testamenti beruht nicht auf civilrechtlichen Verhältnissen der Gewalt, sondern auf den ganz allgemeinen, natürlichen der Verwandschaft, daher kann sie jeder anstellen, der nur irgend möglicherweise zur Intestaterbfolge des Testators gelangen könnte, also die entferntesten Cognaten, wenn auch diese factisch nicht durchkommen [2]). In den älteren Zeiten [3]) konnte unmöglich das Hinterlassen einer legitima die querela inofficiosi testamenti ausschließen. Erst nachdem unter August der Pflichttheil des testamentarischen Erben, die Quarta Falcidia, aufgekommen, wäre es unsinnig gewesen, dem Prätendenten auf Intestaterbfolge mehr gewähren zu wollen. Wie der testamentarische

7) Cicero in Verrem I. 42.

8) Cujacius obs. II. 21, und XVII. 17. will das ganze Institut einer lex Glicia vindiciren, durch die Ueberschrift der l. 4. de inoff. test. (5. 2.) (Gajus ad legem Gliciam) dazu bewogen.

9) Plinius epist. IV. 24.

1) l. 6. §. 1. de inoff. test. (5. 2.)

2) l. 1. D. eodem (5. 2.)

3) l. 6. Cod. de inof. test. (3. 28.)

Erbe mit dem Viertel dessen, worauf er eingesetzt ist, zufrieden seyn muß, so auch der Intestaterbe mit dem Viertel dessen, was er ohne Testament gehabt haben würde. Was bei der lex Falcidia die Legate absorbiren dürfen, das dürfen bei dem Notherben die im Testamente eingesetzten; die legitima portio ist also nichts als eine auf die Notherben übertragene Falcidia [4]). Kaiserliche Constitutionen ändern indessen dieses Institut auf mancherlei Weise. Schon Diocletian schließt bis auf die Geschwister alle Cognaten von der Querel aus [5]), und Constantin läßt fratres und sorores uterini eben so wenig zu: auch consanguinei nur dann, wenn ihnen eine turpis persona vorgezogen [6]). Justinian verordnet, daß, wenn dem Notherben weniger als der Pflichttheil hinterlassen, nicht das Testament umgestossen werden könne, sondern nur der Pflichttheil supplirt werden solle [7]): er bestimmt ferner die Zahlenverhältnisse des Pflichttheils anders, indem nun der Pflichttheil, sind vier oder weniger Notherben, ein Drittel, sind mehr denn vier, die Hälfte der Intestatportion wird [8]).

Die Novelle 115 endlich ist der einfache Punkt, worin sich alles, was bis dahin aus verschiedenen Quellen Rechtens war, vereinigt. Das Testament

4) l. 31. Cod. eod. (3. 28.)
5) l. 21. Cod. eod. (3. 28.)
6) l. 27. C. de inoff. test. (3. 28.)
7) §. 3. J. de inoff. test. (II. 18.) l. 35. §. 2. l. 36. C. eod. (3. 28.)
8) Nov. 18. cap. 1.

gegen welches eine querela inofficiosi angestellt wurde, war nicht nullum, sondern nur hinterher unwirksam (rescissum), wenn sie durchging. War aber ein anderer Ausweg übrig, war also das Testament, weil sui nicht exheredirt waren, nullum, oder konnte wegen Uebergehung der emancipati eine b. p. contra tabulas erlangt werden, so konnte man keinen Gebrauch von der querela inofficiosi testamenti machen. Die Novelle 115 erklärt nun das Testament für nullum, worin, ohne daß besondere von ihr angegebene Enterbungsursachen genannt, und nachher von den eingesetzten Erben bewiesen werden, Descendenten und Ascendenten nicht wenigstens auf ihr Pflichttheil als Erben eingesetzt sind. Uebergehung und Exheredation ohne Grund ist nach dieser Novelle also von gleicher Wirkung, und in so fern vereinigt diese Novelle in sich die Satzungen des jus civile, wegen der Nullität des Testaments wenn nicht exheredirt ist, dann die b. p. contra tabulas, und die querela inofficiosi. Neu ist in ihr weiter nichts, als daß es nun im Fall einer Exheredation ohne Grund gar keiner Querel mehr bedarf, sondern daß das Testament nun von selbst null und nichtig ist, und daß der Beweis des Enterbungsgrundes von Seiten des scriptus heres nichts mehr hilft, wenn ihn der Testator nicht angab. Auch hat sie zum Theil ganz neue Enterbungsgründe. Die querela inofficiosi testamenti findet nur noch bei consanguineis statt, sonst ist sie ganz

unpraktisch. In wie fern dies auch von der b. p. contra tabulas gesagt werden muß, davon unten ein Mehreres. Legate und was ihnen gleich ist bleiben auch nach der Novelle 115 stehen, wenn gleich das testamentum nullum ist.

Von dem *testamentum ruptum* und *irritum*.

So wie ein Testament durch die querela inofficiosi hinterher unwirksam (rescissum) werden kann, so kann auch noch durch andere Gründe ein in sich gültiges Testament seine Kraft verlieren; ein solches Testament heißt testamentum ruptum oder irritum, und es tritt alsdann, wie bei dem testamentum nullum, die Intestaterbfolge ein. Rumpirt wird ein Testament durch ein anderes späteres und gültiges, dann, wenn nach errichtetem Testament ein darin weder eingesetzter noch enterbter suus heres neu hinzukommt. Dies kann durch Geburt, Adoption, in manum conventio geschehen, oder indem der Enkel an die Stelle seines todten oder emancipirten Vaters rückt, oder auch indem der filiusfamilias aus der ersten oder zweiten Mancipation in die Gewalt des Vaters zurückfällt [9]). Neu ist nun aus Gajus [1]), daß wenn auch vor der Adoption und in manum conventio der Adoptirte und die Frau eingesetzt sind, sie dennoch das Testament rumpiren, denn sie sind als extranei, nicht als sui instituirt. Daß sie vorher exheredirt seyn können, ist nicht möglich, wie

9) Ulp. XXIII. §. 3. — Comm. II. §. 138—145.

1) Comm. II. §. 140.

Gajus sagt, weil eine Exheredation bei extraneis nicht denkbar ist [2]). Dennoch wird dieser Fall, als der Erwägung werth, von Marcellus, Papinian und Ulpian [3]) in Betracht gezogen. Im Resultat stimmen sie mit Gajus überein. Nicht aber so, wie im Fall der früheren Exheredation des nachher adoptirten extraneus, stimmen die Pandekten mit Gajus in dem Fall überein, wo der späterhin Adoptirte schon vor der Adoption eingesetzt ist: in diesem Fall behauptet Scävola [4]), oder läßt man ihn behaupten, werde das Testament nicht rumpirt. Höchst wahrscheinlich ist dies eine Interpolation der Justinianeischen Compilatoren, die die consequente Form des alten Rechts zu consequent fanden. Aber auch rücksichtlich der Exheredation meint Papinian [5]), wenn ein suus exheredirt, nachher aber emancipirt und wieder arrogirt sey, so rumpire er das Testament nicht, sondern die Exheredation schade ihm, weil er doch im Grunde nicht als extraneus, sondern als suus exheredirt, und nun ja wieder suus geworden sey (ne imagine naturae veritas adumbretur videlicet, quod non translatus sed redditus videretur). Er steht in diesem Punkt in offenbarem Widerspruch mit Gajus [6]), der den aus der

2) Comm. II. §. 140, „nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere.

3) l. 8. §. 8. de b. p. c. t. (37. 4.)

4) l. 18. de inj. rumpt. irr. (28. 3.)

5) l. 23. de lib. et posth. (28. 2.)

6) Comm. II. §. 141.

ersten oder zweiten Mancipation in die väterliche Gewalt zurückkehrenden, instituirten oder exheredirten Sohn das Testament rumpiren läßt. l. 23. pr. D. de liberis et postumis (28. 2.) scheint indessen dennoch die echte Ansicht Papinians zu enthalten, da Ulpian sie in l. 8. §. 7. de b. p. c. t. (37. 4.) noch einmal als solche referirt.

Gajus [7]) erzählt, daß auch das Kind, bei dem erroris causae probatio statt gefunden, sey dies nun bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Vaters geschehen, das Testament rumpirt habe, es mochte darin instituirt oder exheredirt gewesen seyn. Ein Senatusconsult unter Hadrian habe aber das ältere Recht dahin geändert, daß jetzt nur der, bei welchem noch beim Leben des Vaters erroris causae probatio statt findet, das Testament rumpire. Ist der Vater schon zur Zeit der probatio gestorben, so rumpirt nur der praeteritus das Testament, nicht der institutus, oder exheredatus [8]).

Irritum nennt man das Testament, welches dadurch rescindirt wird, daß der Testator eine capitis deminutio erleidet [9]), oder kein scriptus heres die

7) Comm. II. §. 142. 143.

8) Der postumus ist also der einzige, der zwar agnascendo das Testament rumpirt, aber nicht wenn er darin instituirt oder exheredirt ist. Erst dadurch wird Ulp. XXII. §. 19. verständlich. Merkwürdig ist l. 8. §. 1. de inj. (28. 3.) „Filia cum emancipatur vel nepos, quia una mancipatione exeunt de potestate testamentum rumpunt.

9) Ulp. XXIII. §. 4. — Comm. II, §. 145.

Erbschaft antritt [1]). Wenn zwei Testamente existiren, wovon das letztere irritum wird, so rumpirt es dennoch das erste Testament [2]). Gajus [3]) erklärt, weswegen ein rescindirtes Testament ruptum, ein anderes irritum heiße, und Justinian [4]) schreibt ihm diese Erklärung nach. In wie fern aber auch ein testamentum ruptum und irritum durch bonorum possessio secundum tabulas aufrecht gehalten wird, davon kann erst unten die Rede seyn. Nach einer Constitution des Kaisers Honorius [5]) sollte schon jedes Testament nach Ablauf von zehn Jahren ungültig werden. Justinian [6]) ändert es aber dahin ab, daß erst Widerruf vor drei Zeugen, und ein darauf folgender Zwischenraum von zehn Jahren das Testament vernichtet.

Die Summe der bis jetzt dargestellten Lehre von der testamentarischen Erbfolge beruht nun auf folgender Beantwortung der am Anfang aufgestellten Frage: wenn jemand, der selbst testamentifactio hat, einen Erben, dem diese ebenfalls nicht fehlt, in einem in der gehörigen Form errichteten Testament eingesetzt hat, wenn er ferner keinem Notherben die portio legitima ohne Grund entzogen, und keiner der Gründe eintritt, die ein Testament rumpiren oder

1) Ulp. XXIII. §. 4.
2) Comm. II. §. 144.
3) Comm. II. §. 146.
4) §. 5. J. quib. mod. (II. 17.)
5) l. 6. C. Theod. de test. (4. 4.)
6) §. 7. J. quib. mod. (II. 17.) l. 27. C. de test. 6. 23.

irritum machen, so wird dadurch die Intestaterbfolge ausgeschlossen. In jedem andern Falle tritt sie ein.

2) Recht der Intestaterbfolge.

Nach den zwölf Tafeln.

Nach den zwölf Tafeln fällt jede Erbschaft, wenn kein Testament vorhanden ist, zuerst den suis heredibus zu; sui heredes sind die Kinder, die sich beim Tode des Vaters noch in seiner Gewalt befinden, der Sohn, die Tochter, der Enkel, der Urenkel, und so weiter bis ins Unendliche. Doch nur alsdann sind die entfernteren Descendenten sui heredes, wenn zwischen ihnen und dem Testator keine Person in der Mitte steht; also nur dann ist der Enkel suus heres des Großvaters, wenn sein Vater durch Tod oder Emancipation aus der Gewalt desselben getreten ist [7]). Adoptivkinder und die Frau oder die Schwiegertochter in manu [8]) sind nicht minder sui heredes: eben so der postumus, der, bei welchem nach des Vaters Tode eine causae probatio ex lege Aelia Sentia, oder ex senatus consulto, statt fand, und der, welcher nach dem Tode des Vaters aus der ersten oder zweiten Mancipation manumittirt wird [9]).

7) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 2. Ulp. XXII. §. 14. §. 1. J. de hered. q. a. ab. d. (III. 1.) Epit. II. 8.

8) Coll. l. l. aber auch hier nur, wenn der Sohn nicht in der Mitte ist.

9) Die Institutionen substituiren hier wieder die Legitimation der erroris causae probatio.

In der Klasse der sui heredes schließt der nähere Descendent den entfernteren durch eine andere Mittelsperson nicht aus, der Sohn succedirt also zugleich mit dem Enkel von einem anderen todten oder emancipirten Sohne; denn dieser tritt in die Stelle und in das Erbtheil seines Vaters ein, d. h. aber mit anderen Worten: in der Klasse sui heredes wird die Erbschaft nicht in capita, sondern in stirpes getheilt [1]).

Sind keine sui heredes vorhanden, so fällt die Erbschaft den Agnaten, d. h. den durch lauter Männer verwandten Personen zu, aber nur demjenigen, der zur Zeit, wo es gewiß war, daß der Erblasser ab intestato gestorben, der nächste war [2]). Der Nähere schließt ohne Rücksicht den Entfernteren aus, und Repräsentationsrecht, wie in der Klasse sui heredes, ist hier nicht zulässig, aber eben so wenig irgend eine successio graduum oder ordinis. Nach dem Grundsatz in legitimis hereditatibus nulla successio fällt die Erbschaft, wenn der nächste Agnat sie ausgeschlagen, oder vor dem Antritt gestorben, weder dem zu, welcher jetzt der nächste, noch der folgenden Klasse der Gentilen [3]), sondern sie kommt

1) Comm. III. §. 8. §. 6. J. eod. (III. 4.) Epit. II. 8. §. 2. Ulp. XXVI. §. 2.

2) Comm. III. §. 9. §. 10. §. 11. — §. 1. J. de leg. agn. suc. (3. 2.) Ulp. XXVI. §. 1.

3) Ulp. XXVI. §. 5. Paul. Sent. rec. l. IV. 8. §. 23. Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 2. Glück Intestaterbfolge S. 144. u. fg.

als bona vacantia an den Fiscus. Den ersten Rang unter allen Agnaten nehmen die consanguinei ein [4]), denn obgleich im Grunde der suus heres auch der agnatus proximus ist [5]), so kann dies beim Erbrecht nicht in Betracht kommen, da es ja hier nach Civilrecht nicht in der Wahl des suus et *necessarius* heres steht, ob er in seiner Klasse nicht antreten, sondern vielmehr in der Klasse der Agnaten zur Erbschaft gelangen wolle. Bruder und Brudersöhne können in der Klasse der Agnaten niemals concurriren, weil der Nähere den Entfernteren schon von selbst ausschließt. Concurriren aber lauter Bruderkinder mit einander, so wird natürlich, weil jeder gleich nah ist, auch jeder gleich viel erhalten, d. h. es wird in der Klasse der Agnaten immer in capita und nicht in stirpes getheilt, und jeder der vielen Söhne eines Bruders wird eben so viel erhalten müssen, als der einzige eines anderen [6]). Daß dieses consequente Ergebniß noch Gegenstand einer Streitfrage seyn konnte, wie uns Gajus [7]) berichtet, ist interessant. Wenn auch nicht durch das Zwölftafelgesetz selbst, wurde es späterhin durch eine weite Interpretation der lex Voconia [8]) Rechts-

4) Ulp. XXVI. §. 1.

5) l. 10. §. 3. de grad. et aff. (38. 10.) l. 12. de suis et leg. her. 38. 15.)

6) Comm. III. 16. Ulp. XXVI. §. 4. Epit. II. §. 8. §. 4. J. eodem (III. 2).

7) Comm. III. 16. „sed quaesitum est," jam dudum placuit.

8) Pauli sent. rec. IV. 8. 3. „Voconiana ratione."

satz, daß von allen weiblichen Agnaten nur die consanguinea ihren Bruder oder ihre Schwester beerben solle; die Vatersschwester, das Bruderkind, konnte von einer Frau nicht mehr beerbt werden [9]).

Wenn keine Agnaten vorhanden, fällt die Erbschaft den Gentilen zu, die zu Gajus [1]) Zeiten aber nicht mehr existirten. Wer diese Gentilen gewesen seyen, soll hier übergangen werden, da ich in einer eigenen Abhandlung nächstens von dem Recht der Gentilität zu sprechen gedenke.

Prätorisches Recht.

Gajus [2]) beschreibt folgendermaßen die Mängel des Intestaterbrechts der zwölf Tafeln. Emancipirte Kinder hätten, weil sie aufgehört sui zu seyn, kein Erbrecht gehabt, eben so die Kinder, die, weil sie mit ihrem Vater zugleich das Bürgerrecht erhalten, aber nicht vom Kaiser in dessen Gewalt gebracht worden, nun auch nicht sui heredes waren. Wie die emancipirten Kinder hätten die capite deminuirten Agnaten das Erbrecht verloren: wenn der proximus agnatus nicht angetreten habe, so sey kein Anderer herangekommen: alle weiblichen Agnaten bis auf die consanguinea wären ausgeschlossen gewesen; endlich hätte es sich eben so mit allen Cognaten verhalten, so daß sich selbst Mutter und Kinder, wenn

9) Comm. III. §. 14. Ulp. XXVI. §. 6.

1) Comm. III. §. 17. — Coll, leg. Mos. et Rom. XVI. §. 4.

2) Comm. III. §. 18—25.

jene nicht durch in manum conventio, Consanguinitätsrechte erlangte, nicht beerben konnten.

Das prätorische Edict half zum Theil den Mängeln des Civilrechts ab; es giebt auch den emancipirten Kindern, mögen sui heredes concurriren oder nicht, eine bonorum possessio; die capite deminuirten Agnaten läßt es dagegen zwar nicht mit den anderen Agnaten succediren, aber in einer dritten Klasse mit den Cognaten, wenn keine Agnaten da sind. In diese Klasse kommt auch nach Einiger Meinung der Agnat, dem die Erbschaft entgeht, da der nähere Agnat vor ihm sie ausgeschlagen. Aus Gajus [3]) erfahren wir, daß eine Streitfrage darüber herrschte, ob nicht ein solcher Agnat schon in der zweiten Klasse unde legitimi antreten könne. Zur dritten Klasse gehören endlich nun noch die weiblichen Agnaten außer der consanguinea; ferner alle Cognaten, wo natürlich die Mutter und ihre Kinder den ersten Grad einnehmen. Auch Kinder, die in einer Adoptiv-Familie sind, beerben in dieser Klasse ihre natürlichen Eltern [4]). Sind endlich weder Kinder, noch Agnaten, noch Cognaten da, so giebt der Prätor dem hinterbliebenen Ehegatten eine bonorum possessio in der Erbschaft der ingenui [5]). Es giebt demnächst vier Klassen der bonorum possessio bei ingenuis, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir

3) Comm. III. §. 28. „sed sunt qui putant."

4) Comm. III. §. 25—31.

5) Ulp. XXVIII. §. 7.

vir et uxor. Bei allen findet eine successio ordinis statt; eine successio graduum aber nur in der Klasse der Cognaten, die bis zum 6ten Grad, und einen Fall im 7ten reicht, und nach der Meinung vieler Römischen Juristen, wie Gajus [6]) erzählt und schon oben S. 304. gemeldet worden, auch in der Klasse der Agnaten. Nach prätorischem Recht nehmen übrigens unter den Agnaten wiederum die Kinder den ersten Rang ein [7]), da es nach Civilrecht die consanguinei thaten, denn nach dem Edicte brauchen sie ja nicht bonorum possessio in der Klasse unde liberi zu agnosciren.

Civilrechtliche Aenderungen vor der Novelle 118.

Für das natürliche Bedürfniß schien es aber wohl nicht hinreichend, daß sich Mutter und Kinder gegenseitig nur in der dritten Klasse als Cognaten beerben sollten. Schon Claudius [8]) gab nach den Institutionen in solatium liberorum amissorum der Mutter ein gesetzliches Erbrecht. Dieses wurde aber förmlicher, durch das unter Hadrian [9]), nach anderen [1]) unter Pius erlassene S. C. Tertullianum ausgebildet. Sind keine Descendenten, und von den Agnaten der Vater und der consanguineus nicht da,

6) Comm. III. §. 28.

7) l. 2. p. D. unde leg. (38. 7.)

8) §. 1. J. de S. C. Tertull. (III. 2.)

9) §. 2. J. eodem (III. 2.)

1) Hugo Rechtsgeschichte. S. 556.

so folgt die Mutter, die das jus liberorum hat, unmittelbar, und geht in so fern allen anderen Agnaten vor. Selbst mit der consanguinea theilt sie [2]). Diesem Senatusconsult entsprechend, gab nun auch bald ein anderes unter Kaiser Marcus, das S. C. Orphitianum, den Kindern das Erbrecht am Vermögen der Mutter, und zwar in der ersten Klasse, alle Agnaten ausschließend [3]); es kommt nicht darauf an, ob die Kinder in einer fremden Gewalt sind oder nicht. Das Erbrecht welches die Mutter durch das S. C. Tertullianum erlangt, wurde durch Constantin im Jahr 321 theils geschmälert, theils erweitert, geschmälert, indem sie von jetzt an dem patruus ihres Kindes und dessen Sohne und Enkel, wenn diese gleich aufgehört hatten Agnaten zu seyn, ein Drittel des Vermögens überlassen mußte; erweitert, indem sie auch ohne das jus liberorum ein Drittel des Vermögens erhielt, wenn auch sonst Agnaten da waren, die sie früher ausschließen konnten [4]).

Unmittelbar daran reiht sich eine Constitution vom Jahr 389 der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius [5]), nach welcher auch Enkel ihre Großmutter beerben, und Tochterkinder wie Enkel vom Sohne zur Succession des Großvaters ge-

2) Ulp. XXVI. §. 8.

3) Ulp. XXVI. §. 7. Gajus spricht von beiden Senatusconsulten nicht.

4) l. 1. C. Theod. de leg. hered. (V. 1.)

5) l. 4. eodem (V. 1).

langen sollen, doch sollen die Enkel vom Sohne wiederum ein Drittel dieses eigentlichen Erbtheils der Tochterkinder erhalten. Concurriren hingegen Agnaten mit Tochterkindern, so erhalten jene ein Viertel des Vermögens [6]). Die Kaiser Theodosius und Valentinian verändern 426 [7]) wiederum das Erbrecht der Mutter, indem diese nunmehr, sie mag das jus liberorum haben oder nicht, wenn sie mit dem patruus, dem Sohn oder Enkel des patruus, oder auch mit dem emancipirten consanguineus ihres Kindes concurrirt, zwei Drittel des Vermögens behält, und ein Drittel diesen Personen abgiebt.

Was die Succession des Vaters an dem Vermögen des Kindes betrifft, so verhielt es sich nach altem Recht folgendermaßen damit: War das Kind in väterlicher Gewalt, so konnte von Erbrecht nicht die Rede seyn, da alles jure peculii an den Vater zurückfiel; war das Kind emancipirt so folgten erst dessen Kinder, dann der Vater als Patron. Nachdem aber durch spätere Kaiser [8]) dem Kinde das Eigenthum vieler Peculien gestattet war, hätte der Vater nun in seiner Eigenschaft als Agnat succediren müssen, und nur die Descendenten hätten ihn ausschließen können: eine Constitution der Kaiser Leo und Anthemius [9]) läßt aber erst vollbürtige Geschwi-

6) l. 4. §. 2. eod. (V. 1.)
7) l. 7. eodem (V. 1).
8) l. 1. l. 6. C. Theod. de bon. mat. (VIII. 18.)
9) l. 4. C. de bon. quae lib. (6. 60.)

ster und ihre Kinder, dann halbbürtige dem Vater rücksichtlich dieser Peculien vorgehen. Stirbt ein Enkel, der selbst und dessen Vater noch in der Gewalt ist, so erbt nicht der Großvater, sondern der Vater vorzugsweise das mütterliche Vermögen [1]). Starb ein emancipirter Sohn, so folgten nach altem Recht, wie schon gesagt, erst die Descendenten, dann der Vater als Patron; starb eine emancipirte Tochter, so hatte nach altem Civilrecht der Vater als Patron das erste Recht: das S. C. Orphitianum schließt ihn aus: späterhin muß er aber aus einer verlorenen Constitution mit den Enkeln concurrirt haben, indem Valentinian und Theodosius [2]) den Vater von der Concurrenz mit den Enkeln ausschließt. Nach späterem Recht succedirt er unmittelbar nicht als Patron, aber als ein die Agnaten, selbst die Mutter [3]) ausschließender Cognat, seinen emancipirten Kindern, wenn keine Descendenten da sind.

Unter den Kaisern vor Justinian trägt aber Anastasius [4]) das Scherflein noch zur Durchlöcherung des Intestaterbrechts bei, daß er die emancipirten Geschwister zu Agnaten erhebt, mit den nicht emancipirten Geschwistern succediren läßt, diesen letzteren aber noch einmal so viel als den nichtemancipirten ertheilt, wenn sie mit einander concurriren.

1) l. 3. eodem (6. 60).

2) l. 9. Cod. Theod. de mat. bon. (VIII. 18.)

3) §. 3. J. de S. C. Tert. (III. 3.)

4) §. 1. J. de succ. cogn. (III. 5.) Theoph. ad h. l.

Justinian endlich ändert noch vor der Novelle 118 folgendes am Intestaterbrecht: I) wenn Tochterkinder oder Enkel mit Agnaten concurriren, sollen letztere keinen Theil der Erbschaft mehr erhalten [5]). II) Nur von väterlichen oder mütterlichen Ascendenten adoptirte Kinder sollen durch die Adoption bis zur Emancipation das Erbrecht am Vermögen des leiblichen Vaters verlieren. Alle von andern Adoptirte bleiben in der Gewalt des leiblichen Vaters, und haben nur noch ein Intestaterbrecht mehr am Vermögen des Adoptivvaters [6]). In der Novelle 18 hob Justinian III) den Unterschied zwischen Enkeln vom Sohne und von der Tochter auf, also den Satz, daß Tochterkinder ein Drittheil ihres Erbtheils den Enkeln vom Sohne herausgeben mußten [7]); IV) erweiterte er den von Anastasius eingeführten Rechtssatz, daß emancipirte Geschwister die nichtemancipirten, wie Agnaten beerben sollten, dahin, daß die nichtemancipirten von nun an, auch rücksichtlich ihres Antheils nicht mehr bevorzugt sind [8]); V) stellte er das Recht der zwölf Tafeln darin wieder her, daß von nun an jedem weiblichen Agnat, auch über den Grad der consanguinea hinaus, zugleich mit den Männern die Erbschaft zufällt [9]); VI) läßt er nun auch in der Klasse der Agnaten eine

5) l. 12. C. de suis et leg. (6. 55.)

6) l. 10. C. de adopt. (8. 48.)

7) Nov. XVIII. cap. 4.

8) l. 15. §. 1. C. de leg. her. (6. 58.)

9) l. 14. C. eod. (6. 58.)

successio graduum zu [1]), der Meinung huldigend, die es schon zu Gajus Zeiten nach prätorischem Recht geschehen ließ [2]); VII) knüpft er das Erbrecht der Mutter durchaus nicht mehr an ein jus liberorum [3]); VIII) Brüder und der Vater des verstorbenen Kindes sollen die Mutter nicht wie bisher ausschließen. Concurrirt die Mutter mit Brüdern des verstorbenen Kindes, oder Brüdern und Schwestern desselben, so erhält sie einen Viriltheil [4]). Concurrirt sie mit Schwestern allein, so erhält sie die Hälfte der Erbschaft. Concurrirt sie mit dem Vater und den Geschwistern, und war das verstorbene Kind sui juris, so erhält sie mit dem Vater zugleich zwei Drittel des Ususfructus, die Geschwister aber das Vermögen und ein Drittel des Nießbrauchs. War das Kind in väterlicher Gewalt verstorben, so erhält der Vater den Nießbrauch; rücksichtlich der Proprietät wird es so damit gehalten, als wenn der Vater gar nicht concurrirte [5]). Nach Novelle 22, Cap. 47. soll die Mutter, wenn sie mit Schwestern zugleich erbt, indessen doch auch nur einen Viriltheil erhalten; IX) stellte er das alte Erbrecht des Vaters an dem Vermögen des emancipirten Sohnes gleichsam aus dem Patronate wieder her, wenn auch die alte Eman-

1) §. 7. J. de leg. agn. succ. (III. 2.)

2) Comm. III. §. 28.

3) l. 2. C. de jure liber. (8. 59.)

4) §. 5. J. de senat. Tert. (III. 3.)

5) l. 7. C. ad S. C. Tert. (6. 55.)

cipationsform nicht mehr üblich war. Doch wenn Geschwister concurriren bleibt es beim Alten, daß der Vater nur den Nießbrauch erhält [6]); X) erhebt er die fratres und sorores uterini zu Agnaten, als wenn sie consanguinei wären [7]); XI) erhebt Justinian auch die Schwesterkinder zu Agnaten, und läßt sie zugleich mit den Bruderkindern succediren, und zwar in capita. Brüder und Schwestern schließen Geschwisterkinder aus [8]). Nicht minder werden die Kinder emancipirter Geschwister zu Agnaten erhoben [9]), und erben mit andern Geschwisterkindern zugleich; XII) schließt Justinian halbbürtige Geschwister, selbst consanguinei ganz aus, wenn sie mit vollbürtigen concurriren [1]). So ist die Geschichte des Römischen Intestaterbrechts vor der Novelle 118. Das ehrwürdige Gebäude des Zwölf-Tafelgesetzes bleibt die noch nicht umgestoßene Grundlage, aber fremdartiges und unkünstliches Schnitzwerk, von mancher plumpen Kaiserhand geformt, und nicht sparsam aufgetragen, erfüllt so aller Augen, daß man die Grundsäulen nicht mehr erkennen kann. Will man das Erbrecht unmittelbar vor der 118ten Novelle charakterisiren, so muß man sagen, es sey der Kampf der Römischen Grundidee, daß ohne Agna-

6) §. 8. J. de leg. agn. succ. (III. 2.)

7) l. 15. §. 2. de leg. hered. (6. 58).

8) l. 14. §. 1. C. de legher. (6. 58.)

9) l. 15. §. 3. eod. (6. 58.)

1) Nov. 84. Glück Intestaterbfolge. S. 238—258.

tion keine Verwandtschaft ist, mit der allgemeineren und kosmopolitischeren Ansicht, daß die Bande des Bluts sich nicht auf den Mann beschränken: daß beide Ansichten sich durchdringen, und keine einzige vorherrscht, das eben macht den entsetzlichen Wirrwarr. Es sey mir erlaubt die Erbfolge vor der 118ten Novelle kurz aufzustellen: daraus wird sich am besten ersehen lassen, wie viel die Novelle geändert hat.

Fragt man nach dem Grundgesetz der Erbfolge, so ist es also kurz dieses: erst folgen die sui, dann die Agnaten, und zwar der proximus. Ist kein solcher da, oder tritt er nicht an, so fällt die Erbschaft als bona vacantia an den Fiscus [2]). Fragt man aber weiter, wie sich alles nach den Aenderungen des prätorischen Rechts, der Senatusconsulte, der Constitutionen gestaltet, so ist die Erbfolge also: I) die Descendenten, und zwar auch die emancipirten, und die in einer Adoptivfamilie des Nichtascendenten sind, ohne Unterschied, ob der Erblasser Vater oder Mutter, ob die Descendenten Tochterkinder oder Enkel vom Sohne; II) Mutter und Vater nebst vollbürtigen Geschwistern nach den oben angegebenen Bestimmungen; auch emancipirte Geschwister gehören hierher; III) die Halbgeschwister, gleichviel ob consanguinei oder uterini; IV) die Geschwisterkinder ohne Unterschied; V) die nächsten Agnaten ohne Unterschied

2) Gentilen sind ja schon zu Gajus Zeit nicht mehr vorhanden.

des Geschlechts mit successio graduum; VI) die Cognaten bis zum sechsten Grad und eine Person im siebenten mit successio graduum; VII) die Ehegatten (unde vir et uxor).

Nach Novelle 118.

Die Novelle 118 ändert in dem Grundsatze viel, in der wirklichen Erbfolge aber wenig, an dem schon unmittelbar vor ihr bestehenden Recht. Wenn man sagt, die Ansicht wird durch dieselbe siegreich, daß es gar nicht auf Agnation sondern nur auf Cognation ankomme, so ist alles gesagt, es kommt nun nur noch darauf an, daß bestimmt werde, wer die nächsten Cognaten seyn sollen. Dies sind nach der Novelle: 1) die Descendenten bis ins Unendliche mit Repräsentationsrecht; 2) die Ascendenten zugleich mit vollbürtigen Geschwistern, und den Kindern der vor dem Erblasser verstorbenen Geschwister; 3) die halbbürtigen Geschwister und die Kinder der schon verstorbenen halbbürtigen; 4) endlich alle anderen Cognaten, nach der Nähe des Grades, der nicht weiter in der Novelle bestimmt ist.

Neu ist also in der Novelle 118, hält man sie gegen das unmittelbar vorher bestehende Intestaterbrecht, nur das, daß in der zweiten Klasse mit vollbürtigen Geschwistern nicht Vater und Mutter allein, sondern alle nächsten Ascendenten in lineas succediren; ferner daß wie in der Klasse der Descendenten, auch in der zweiten und dritten Klasse bei den Ge-

schwistern ein Repräsentationsrecht statt findet, und daß es also keiner eigenen Klasse für Geschwisterkinder mehr bedarf. Diese Aenderung des Rechts ist, wo von keinem proximus agnatus die Rede seyn kann, vollkommen consequent, aber auf der anderen Seite bewährt sich auch hier daß in jeder Justinianeischen Verordnung die Inconsequenz irgendwo im Hintergrunde liegen muß. Wenn Geschwisterkinder allein erben, soll in capita getheilt werden. In diesem Punkte ist die alte Rechtsansicht, daß es nur auf den proximus agnatus ankomme, noch immer festgehalten, eine Ansicht, die doch in der Novelle 118 nicht wieder vorkommen sollte. Ferner ist aber in der Novelle neu, daß die Cognaten bis ins Unendliche zugelassen werden, und nicht, wie nach prätorischem Recht, sich auf den sechsten Grad beschränken. Ist kein Cognat vorhanden, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß wie bisher der Ehegatte succedirt.

Außer der ordentlichen Successionsordnung aus der Novelle 118 giebt es aber noch eine Menge außerordentlicher im neueren Römischen Recht. Dahin gehört: I) die Succession der armen Wittwe des Ehegatten mit allen anderen Erben zugleich. Concurrirt sie mit mehr als dreien, so erhält sie einen Viriltheil; wenn mit dreien oder wenigeren ein Viertel der Erbschaft: wenn jedoch ihre eigenen Kinder mit ihr erben, so erhält sie nur den Nießbrauch ihrer Portion. Dieses Erbrecht wurde in der Novelle 53 auch dem armen Ehemann ertheilt, in der

Novelle 117 aber auf die arme Ehefrau beschränkt; II) die Concubinenkinder erben, wenn keine ehelichen Kinder und keine Ehefrau vorhanden, den sechsten Theil des Vermögens, den sie mit ihrer Mutter theilen [3]; III) wer einen Wahnsinnigen verpflegt, nachdem Testaments- und Intestaterben vergebens dazu aufgefordert werden, beerbt ihn, mit Ausschluß derselben [4]. Wenn gar keine Intestaterben vorhanden sind, zieht der Kaiser Constantin dem Fiscus IV) rücksichtlich eines gemeinschaftlichen Geschmacks den socius liberalitatis principis vor [5]; der Kaiser Constantius das Regiment, in welchem ein Soldat verstorben [6], endlich Theodosius und Valentinian die Kirche rücksichtlich der Güter eines Geistlichen [7].

3) Bonorum possessio.

Es hat schon bei der Darstellung des testamentarischen Erbrechts, des Notherbenrechts und der Intestaterbfolge von der bonorum possessio die Rede seyn müssen, weil die Geschichte dieser Institute nicht verstanden und ans Ende geführt werden kann, ohne eine Herzählung der Punkte, wo die bonorum possessio in das Erbrecht eingreift, und dasselbe modificirt; eine ganz andere Frage ist aber die, was die bonorum possessio als ein in sich abgeschlossenes

3) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12.

4) Nov. 115. cap. 3.

5) l. un C. h. t. (10. 14.)

6) l. 2. C. de her. decurion. (6. 62.)

7) l. 20. de Episcopis et clericis, (1. 3.)

Institut bedeute, in wie fern dieselbe in das Erbrecht überhaupt eingreift, und in wie fern sie als ein anderes Erbrecht neben demselben hergeht; endlich in welchem Maaße die Bedeutung der bonorum possessio im neueren Recht geblieben oder geschwunden sey. Diese Frage soll hier erörtert werden.

Wie es im Römischen Recht zweierlei Arten von Eigenthum an einzelnen Sachen giebt, so wie auch zweierlei Erwerbungsweisen, die diesen entsprechen, so muß es wohl auch zwei adquisitiones per universitatem geben, in so fern sie sich auf das Vermögen eines Verstorbenen beziehen [8]), d. h. mit anderen Worten, es giebt ein doppeltes Erbrecht, sowohl verschieden rücksichtlich der Quelle, als der Grundsätze, das eine neben dem anderen parallel hergehend. Nur dann müssen sich beide Systeme nothwendig berühren, wenn gefragt wird, welches das wirksame sey, so wie denn dieselbe Frage auch in dem Conflict des bonitarischen und quiritarischen Eigenthums aufgeworfen werden kann. Weswegen nun die bonorum possessio als eine eigene Erbfolge neben die hereditas gestellt worden, das soll hier nicht untersucht werden; daß sie ursprünglich zum Nutzen des Civilerben, um ihn leichter zum Besitz zu verhelfen, entstanden [9]), ist wohl unwahr-

8) Vortrefflich hat Löhr Magazin f. Rechtsw. S. 295. diese Analogie auseinander gesetzt. Sehr richtig hat aber auch Hugo Rechtsgeschichte S. 394 bemerkt, daß auch bei der hereditas ein in bonis vorkommen kann.

9) Löhr Mag. S. 254 u. fg.

scheinlich, sonst wurde ja wohl der heres nicht erst sehr spät das interdictum quorum bonorum erhalten haben. Auch ihr Entstehen ist wohl nur darin zu suchen, daß der Prätor überhaupt die natürliche Ansicht im Gegensatz der strengen Civilform vertritt.

Jede Erbfolge ist eine doppelte: entweder testamentarisch, oder ab intestato; in so fern müßte es eben so gut nur eine zwiefache bonorum possessio geben, als es eine zwiefache hereditas giebt, und im Grunde ist dem auch so; es giebt nur eine bonorum possessio secundum tabulas und intestati. Wie aber bei der hereditas gewisse übergangene Personen das Testament nichtig machen, so auch nach prätorischem Recht. Hier kann aber keine absolute Nullität eintreten, weil bonorum possessio nicht wie die hereditas von selbst deferirt wird, sondern erst darum angehalten werden muß. Geht also der Nullität eine eigene Bitte darum voran, so ist die darauf folgende bonorum possessio durch diese Bitte motivirt, und hat daher nicht den Namen bonorum possessio intestati, sondern contra tabulas. Dies ist der Grund, warum es eine dreifache bonorum possessio, contra tabulas, secundum tabulas, intestati giebt, dahingegen die hereditas nur zwiefach ist.

Wenn also jemand stirbt, so wird erst [1]) nach

1) §. 3. J. de bon. poss. (III. 10.) Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: Prima quae praeteritis liberis datur vocaturque contra tabulas l. 1. §. 2. D. si tabulae (38. 6.)

prätorischem Recht darauf gesehen werden, ob nicht jemand, der instituirt oder exheredirt hätte werden müssen, übergangen sey; eingesetzt oder enterbt müssen aber werden, alle liberi, seyen dies sui oder emancipirte [2]), oder seyen sie niemals in der Gewalt gewesen [3]). Kinder die in einer andern Adoptivfamilie sind, gehören aber nicht hierher, weil sie überhaupt gar nicht liberi mehr sind [4]). Auch die Frau in manu, und die Schwiegertochter in manu des Sohns muß nach prätorischem Recht instituirt, oder exheredirt seyn, weil sie zu den suis gehörten. Doch müssen alle ab eo gradu enterbt seyn, wozu sie gehören [5]). Ist alles dies nicht geschehen, so steht den dergestalt übergangenen eine bonorum possessio contra tabulas zu.

Die Wirkungen der bonorum possessio contra tabulas sind nun nicht sehr von der bonorum possessio intestati verschieden. Wenn die dazu berechtigten im Testament übergangenen die b. p. c. t. anstellen, so bringen sie, so gut als wenn das Testament nach Civilrecht nullum wäre, alles auf den

2) l. 1. §. 6. h. t. (37.4.) sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patria potestate.

3) Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. §. 7. suis Praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos conjungere, data bonorum possessione.

4) l. 1. §. 6. h. t. (37.4.) sed adoptivi patris non potest: ut enim admitti possit ex liberis esse eum opportet.

5) l. 8. pr. eod. (37. 4.)

Zustand des Intestaterbrechts zurück [6]). Sind die scripti heredes extranei, so müssen sie ganz weichen [7]), weil sie ab intestato nichts erben würden; sind es aber liberi, so erben sie mit denen, welche die b. p. c. t. erhalten haben, zugleich (commisso per alium edicto) [8]). Unterschieden von der b. p. intestati ist die b. p. c. t. nur in ihren Wirkungen in zwei Punkten. Nur der scriptus heres nämlich erbt mit den übergangenen, in so fern er zugleich Intestaterbe ist, nicht der filius exheredatus [9]); auf der anderen Seite aber erhält das in einer Adoptivfamilie befindliche Kind eine Intestatportion commisso per alium edicto [1]), obgleich es selbst nach prätorischem Recht nicht Intestaterbe in der Klasse der sui ist. Ganz consequent behauptet dies nun auch Hugo [2]) von der Tochter, die in manu eines Anderen ist. Trotz des durch die b. p. c. t. umgestoßenen Testaments bleiben übrigens gewisse Legate an Eltern, Kinder, Frau und Schwiegertochter ste-

6) l. 8. §. 12. h. t. (37. 4.) „Praetori enim propositum est, cum *contra tabulas bonorum possessionem* dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas *intestato* patre mortuo in hereditate habiturus esset."

7) l. 20. pr. h. t. (37. 4.)

8) l. 3. §. 11. l. 8. §. 4. §. 12. l. 11. h. t. (37. 4.)

9) l. 10. §. 5. h. t. (37. 4) „Exheredati liberi, quemadmodum Edictum non committunt, ita nec commisso per alios edicto cum illis venient ad bonorum possessionem."

1) l. 8. §. 13. h. t. (37. 4.) „datur autem ei, qui in adoptiva familia est contra tabulas bonorum possessio si eo gradu scriptus heres sit."

2) Rechtsgeschichte S. 415.

hen [3]). Von der Collation kann erst unten gesprochen werden.

Wenn gar keiner vorhanden ist, der b. p. c. t. fordert und erhält, so erfolgt alsdann die testamentarische Erbfolge, d. h. der Prätor ertheilt die bonorum possessio secundum tabulas. Wie schon oben gesagt, sind hierzu nicht die Förmlichkeiten des Civiltestaments erforderlich, sondern nur daß das Testament von sieben Zeugen untersiegelt sey, und daß der Testator, zur Todeszeit, und zur Zeit der Errichtung des Testaments testamentifactio gehabt habe [4]). Wenn also ein Testament ruptum, irritum oder nullum ist, so ertheilt demnach der Prätor eine b. p. s. t. aus demselben, wenn nur die für die prätorisch testamentarische Erbfolge nothwendigen Bedingnisse vorhanden sind; doch darf das Testament nicht deswegen nullum seyn, weil der Testator keine testamentifactio hatte, denn diese wird ja auch zum prätorischen Testament erfordert. Aus dem Testament eines impubes, filiusfamilias, kann niemals b. p. s. t. ertheilt werden [5]), eben so wenig aus dem Testament einer Frau, die ohne Auctorität ihres nicht gesetzlichen Tutors testirt hat [6]). Zwar scheint zu Gajus Zeit bonorum possessio aus einem solchen Testament gegeben worden zu seyn.

Nur

3) l. 1. pr. de leg. praest. (37. 5.)

4) Ulp. XXVIII. §. 6.

5) l. 1. §. 8. h. t. (37. 11.)

6) Topica. cap. 4.

Nur das war streitig [7]) ob die Constitution des Kaisers Antoninus hier statt finde, d. h. ob eine exceptio doli gegen den Intestaterben. Gajus beantwortet diese Frage nicht. Wie beim Civiltestament wird übrigens auch beim prätorischen zuerst den Instituirten dann den Substituirten die b. p. s. t. ertheilt [8]).

Wenn keine b. p. sec. tabulas gefordert wird, ertheilt der Prätor die b. p. intestati. Ihre vier Klassen, so weit sie Freigelassene nicht mit einschließt, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor, sind schon oben vorgekommen. Die unde cognati geht nur bis auf den sechsten Grad und einen Fall im siebenten [9]). Dies soll nach Hugo [1]) nach Muster einer lex Furia so eingerichtet worden seyn. Von der bonorum possessio bei Freigelassenen überhaupt wird im zweiten Abschnitt die Rede seyn.

So ist also das prätorische Erbrecht die bonorum possessio ein in sich völlig geschlossenes Ganze, nicht Erweiterung und Modification des Civilrechts, sondern ein ausgebildetes System selbst, das bestehen könnte und genügen würde, wenn gar kein Ci-

7) Comm. II. §. 121. an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint haec constitutio pertineat videbimus,

8) l. 2. §. 2. 3. h.t. (37. 11.)

9) Goldschmidt in Löhr Magazin. S. 354—58.

1) Rechtsgeschichte S. 421.

vilrecht überhaupt vorhanden wäre. Doch da beide Systeme, das prätorische und Civilrecht, zur Anwendung kommen, so ist die Frage höchst wichtig: wer bekommt factisch das Vermögen der bonorum possessor oder der Civilerbe? Um die Beantwortung dieser Frage nun hat sich Hugo sehr große Verdienste erworben. Das Räthsel ist nämlich mit einemmale gelöst, wenn man zum Grundsatz annimmt: jeder Civilerbe, wenn er auch bonorum possessio, wie er gekonnt hätte, nicht agnoscirt, würde angesehen, als habe er es gethan. Nun ist im Grunde gar keine Collision mehr: alles ist auf bonorum possessio zurückgebracht, und es kommt nur noch darauf an, zu wissen, welche bonorum possessio der Civilerbe haben könnte [2]). Ist er vor dem bonorum possessor gerufen, so ist die b. p. des letzteren nicht wirksam, wenn er sie auch erhalten hat, denn der Civilerbe könnte eine frühere haben [3]). Ist der Civilerbe zu gleicher Zeit mit dem b. p. gerufen, so erhalten beide das Vermögen [4]). Ist endlich der Civilerbe später zur bon. poss. gerufen als der b. p., und könnte er sie demnach gar nicht erhalten, so schließt der b. p. den Civilerben aus [5]). Diese Ansicht die gewiß

2) Rechtsgesch. S. 428. 429.

3) So schließt z. B. der nicht exheredirte suus den scriptus heres aus, weil ersterer eine b. p. c. t. hat, dieser nur s. t.

4) So erbt der suus mit dem emancipatus zugleich.

5) So schließt der emancipatus den Cognaten aus.

eben so durchgreifend als richtig ist [6]), leidet jedoch, wie Hugo schon selbst bemerkt hat, durch Gajus eine Ausnahme. Wenn jemand b. p. s. t. erlangt hat, so soll er dennoch den Testamentserben und den Intestaterben nach Civilrecht weichen müssen, obgleich diese später zur bonorum possessio gerufen werden.

Comm. II. §. 149.

Nam si quis heres jure civili institutus sit *vel* ex primo vel ex posteriore testamento vel ab intestato jure legitimo heres *sit* is potest ab iis hereditatem avocare: si vero nemo sit alius jure civili heres ipsi retinere hereditatem possunt.

Wer nun die bonorum possessio agnoscirt und erhalten, und dennoch das Vermögen nicht erhält, weil es vom Civilerben, der zugleich bonorum possessor ist, evincirt wird, der hat eine bon. poss., die ihm nichts nützt, eine b. p. sine re; wenn aber der Civilerbe dem bon. possessor nichts anhaben kann, und dieser behält wirklich das Vermögen, so hat er eine b. p. cum re [7]). Löhr [8]) spricht von dem Agnosciren einer bonorum possessio cum oder sine re, dies ist aber ein sehr uneigentlicher Ausdruck. Die bonorum possessio ist, wenn sie agno-

6) Löhr Magazin S. 380. u. fg. huldigt ebenfalls dieser Ansicht. Comm. II. §. 148. — III. §. 35 — 38.

7) Ulp. XXVIII. §. 13.

8) Magazin a. a. O. S. 295.

scirt wird, weder cum re, noch sine re; welches sie von beiden wird, das entscheidet sich erst hinterher; der Prätor nimmt auch beim Ertheilen derselben auf diesen späteren Ausgang gar keine Rücksicht, daher denn das cum re und sine re gar keinen Eintheilungsgrund der bonorum possessio begründet. Man kann eben so gut von einer hereditas cum re und sine re sprechen. Wenn nämlich ein emancipirter Sohn und ein Agnat vorhanden, so ist ohne Zweifel der Agnat Civilerbe, aber er bekommt die Erbschaft nicht, wenn der Emancipirte bon. poss. agnoscirt, und hat demnach eine hereditas sine re.

Es ist oben gesagt worden, daß hereditas und bonorum possessio zwei in sich vollkommen verschiedene und abgeschlossene Erbfolgesysteme abgeben. Aber die unvermeidliche Collision dieser zwei neben einander stehenden Rechtssysteme, macht eine Modification des einen durch das andere nothwendig. Nach dem jus civile konnte die übergangene Tochter und alle liberi außer dem Sohn, das Testament nicht umstoßen, sondern nur den eingesetzten extraneis accresciren, erlangten sie aber b. p. contra tabulas, so stießen sie alle Erbeinsetzungen der extranei um, und ließen die Intestaterbfolge eintreten. Es gewannen also die Tochter und die übrigen Kinder der folgenden Grade durch die b. p. c. t., unendlich mehr als durch das Civilrecht. Um nun die Vortheile aus beiden Rechtssystemen wiederum gleichmäßig zu machen, habe der Kaiser Antoninus, so

berichtet Gajus, das Recht der Töchter dahin eingeschränkt, daß sie mit der b. p. c. t. nie mehr sollten erlangen können, als sie nach Civilrecht erlangt haben würden.

Comm. II. §. 125.

Quid ergo, *isti liberi*, *qui* secundum ea, *quae* diximus *extraneis* dimidiam partem d*etrahunt si ex edicto Praetoris contra tabulas* bonorum possessionem p*etierint*, s*olidi* actione extran*ei* heredes a *tota hereditate* repelluntur — — — — — — §. 126. Set nuper imperator Antoninus significavit rescripto *suo*, non plus nanc*isci* feminas per bonorum possessionem, quam quod jure adcrescendi consequerentur. Quod *in emancipatis feminis similiter optinet*, *scilicet*, *ut quod* adcrescendi jure habiturae essent, si su*ae fuissent id ipsum* etiam per bonorum possessionem habeant.

Es kann zweifelhaft scheinen, ob die Einschränkung der b. p. c. t. in ihrer Wirkung durch den Kaiser Antoninus sich bloß auf die Töchter, oder auch auf die ihnen nach Civilrecht gleichgesetzten anderen Descendenten außer dem filius bezogen habe. Gajus nennt nur feminas, aber da die Stelle lükkenhaft ist, so kann wohl auch von den anderen liberis die Rede gewesen seyn. Zwar bestätigt die Ansicht, daß Antoninus nur Weiber gemeint habe, die ähnliche Fassung des Anfangs der Codexstelle:

l. 4. C. de liber. praet. et exh. (6. 28.) aus der wir diese ganze Notiz schon kannten. „Constitutio autem Magni Antonini *eam* in tantum coarctabat, in quantum jus accrescendi competebat." Aber das Ende derselben: „et haec non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus," macht, wie überhaupt der innere Zusammenhang wahrscheinlich, daß sich des Magnus Antoninus Verordnung auf alle Kinder außer dem filius bezogen habe. Den Magnus Antoninus hielt man nach Analogie anderer Stellen bisher für Caracalla, daß es indessen Pius oder Marcus Aurelius gewesen seyn muß, ist jetzt klar.

Es ist aber endlich wichtig zu wissen, welche Bedeutung die bonorum possessio im Justinianeischen Recht habe, nachdem durch Novelle 115 und 118 der Zustand der Erbfolge im Allgemeinen so sehr verändert worden. Betrachtet man nach der obigen Darstellung hereditas und bonorum possessio als zwei gänzlich von einander verschiedene Erbfolgesysteme, und will man einen Augenblick, wie es nöthig ist, außer Augen setzen, daß beide sich im Product begegnen müssen, so wird das Resultat dieser Betrachtung seyn: alles was die Constitutionen der Kaiser, und also auch die Novellen Justinians am Erbrecht geändert, sind nur weitere Ausbildungen des Civilrechts, also der hereditas gewesen. Wenn sie auch die Satzungen der bonorum possessio materiell in sich aufgenommen haben, so kann man

dennoch nur sagen; das neuere Erbrecht ist dem System der bonorum possessio ähnlicher, als das ältere. Nur was die Kaiser speziell an der bonorum possessio geändert haben, modificirt dieses System, und so läuft die bonorum possessio, da sie durch keine Constitution aufgehoben ist, nicht minder als ein eigenes selbstständiges Recht neben der 115ten und 118ten Novelle parallel her, wie sie eigenthümlich und selbstständig neben dem Erbrecht der zwölf Tafeln einherging.

Sehen wir z. B. zuvörderst auf die bonorum possessio contra tabulas, so macht zwar die Novelle 115, die auch, wenn Emancipirte übergangen sind, das Testament für nichtig erklärt, die b. p. c. t. unnöthig, oder die Novelle vereint vielmehr, wie schon oben gesagt, das was zusammen nach Civilrecht, b. p. c. t., und querela inofficiosi Rechtens war. Deswegen ist aber dennoch die b. p. c. t. gegen ein solches Testament, worin sui präterirt, aus dem anderen Erbfolgesystem der bonorum possessio anzustellen. Die querela inofficiosi als civilrechtliches Institut wird durch das spätere Civilrecht, die Novelle 115, theilweise aufgehoben; die b. p. c. t. als einer ganz anderen in sich nicht aufgehobenen Rechtsquelle angehörend, bleibt stehen, wenn auch, nachdem das Civilrecht im Resultate noch weiter geht, keiner sich derselben bedienen wird.

Was die bonorum possessio secundum tabulas betrifft, so ist zwar nach und nach die äußere

Form des Civiltestaments mit der des prätorischen so verschmolzen, daß auch zum ersten nur sieben Zeugen und eben so viel Siegel und Unterschriften erfordert werden. Aber viel innere Momente, die noch immer beim Civiltestament erfordert werden, sind bei der bonorum possessio s. t. nicht nöthig; ein Civiltestament gilt noch immer nicht, wenn es rumpirt oder irritum wird; eine b. p. s. t. kann aber in diesem Falle ertheilt werden. So noch in manchen anderen. Es ist also noch im Justinianeischen Recht ein bedeutender Unterschied zwischen Civiltestament und prätorischem, zwar nicht der äußeren Form nach, wohl aber rücksichtlich der inneren Erfordernisse, und von allen Arten der bonorum possessiones ist die secundum tabulas noch die praktischste, und am meisten sich vom Civilrecht entfernende geblieben. Der, welcher bon. poss. s. t. aus einem rumpirten Testament agnoscirt, wird noch nach Justinianeischem Recht die Intestaterbfolge ausschließen.

Was endlich die b. p. intestati betrifft, so ist sie eben so wenig durch die Novelle 118 aufgehoben, sie läuft vielmehr neben derselben her, wie neben dem Zwölf-Tafelrecht. Nur in den meisten Fällen wird die b. p. intestati eine b. p. sine re seyn, weil der Civilerbe die Erbschaft evinciren kann: niemals wird aber der bon. poss. den Civilerben ganz ausschließen können, denn das Prinzip auf dem b. p. nur theilweise beruht, das der Cognation, ist in der 118ten Novelle noch stärker ausgesprochen, und es

ist hier die Absicht Justinians nicht zu verkennen, daß das neue Intestaterbfolgesystem auch den Vorzug in der Collision mit allen übrigen haben solle. Wenn also früher gesagt wurde, der Erbe schließt den b. possessor nur aus, in so fern er eine frühere b. p. erhalten kann, so muß jetzt gesagt werden, der b. p. schließt den Civilerben nur aus, in so fern er ein näheres Civilerbrecht hat. Daß in Ermangelung der Cognaten die b. p. unde vir et uxor eintritt, mag als Beweis dienen, daß die b. p. als ein eigenes Erbfolgesystem auch im Justinianeischen Rechte besteht [9]). Gar nicht abweichend von der hier niedergelegten Ansicht ist übrigens die Behauptung Löhrs [1]), es müsse in einer Darstellung des neueren Erbrechts das Materielle aus der in einander verschmolzenen hereditas und bonorum possessio genommen, und letztere nicht mehr als abgesondert betrachtet werden: dies hindert nämlich nicht die bonorum possessio, nachdem man sie früher mit der hereditas vereint dargestellt, nachher als ein eigenes Institut zu betrachten, wobei es gar nicht darauf ankommt, daß es nun meistens sine re ist, und die Institutionen rechtfertigen dies durch ihre Anordnung. Daß die bonorum possessio noch im neuesten Recht praktisch verschieden von der hereditas rücksichtlich der Antretung ist (wovon erst unten ge-

9) Hugo Rechtsgeschichte. S. 794.

1) Magazin a. a. O. S. 333 — 353.

sprochen werden kann), gesteht Löhr [2]) selbst ein: noch andere praktisch wichtige Verschiedenheiten sind oben dargethan worden.

Was die außerordentlichen bonorum possessiones betrifft, so leidet es der Umfang dieser Schrift nicht hier davon zu sprechen: zum Theil muß auf die neueste vortreffliche Darstellung Löhrs [3]) verwiesen werden.

4) Legate und Fideicommisse.

Recht der Legate.

Außer den Erbeinsetzungen können auch Testamente noch Vermächtnisse einzelner Sachen enthalten, die man Legate nennt. Aber diese können eben so wohl in Codicillen gegeben werden, einer erst seit Augustus [4]) aufgekommenen weniger feierlichen Form des letzten Willens, die nur fünf Zeugen fordert, und Alles außer Erbeinsetzung und Ademtionen derselben enthalten kann. Diese Codicille können nun eben so gut bei einer Intestaterbfolge statt finden, als bei einer testamentarischen: Legate können aber nur in Codicillen, die im Testament bestätigt sind, gegeben werden.

Nach älterem Recht gab es vier Arten der Legate, per vindicationem, per damnationem sinendi modo und per praeceptionem [5]). Die Form des

2) a. a. O. S. 345.
3) Mag. a. a. O. S. 231—250.
4) pr. J. de Codicillis (II, 25).
5) Comm, II, §, 192, §. 2. J. de leg. (II, 20.) Ulp. XXIV. §. 2. Epitome II. 5. pr.

legatum per vindicationem ist: Do, Lego, Sumito, Capito, Sibi Habeto [6]). Dadurch wird die legirte Sache gleich nach angetretener Erbschaft Eigenthum des Legatars, der sie vom Erben sowohl, wie von jedem Dritten vindiciren kann [7]). Gajus [8]) meldet uns eine Streitfrage, die über diesen Punkt zwischen der Schule des Cassius und der des Proculus geherrscht habe. Die erstere hätte angenommen, das legatum per vindicationem werde gleich nach angetretener Erbschaft Eigenthum des Legatars, auch dann, wenn es derselbe nicht einmal wisse: schlage es der Legatar aus, so werde es alsdann angesehen, als sey es ihm nicht legirt worden. Die letztere aber hätte sich dafür erklärt, daß es allerdings auf die Wissenschaft des Legatars ankäme, und daß es nicht eher sein Eigenthum werde, als bis er es angenommen habe. Gajus fügt hinzu, daß es scheine als sey die Meinung der Proculejaner die geltende geworden, weil eine Constitution des Kaisers Antoninus Pius bei Gelegenheit eines einem municipium vermachten Latinen verordnet, daß die Decurionen gerade so, als sey einem legirt worden, berathschlagen sollten, ob sie das Eigenthum desselben haben wollten [9]).

6) Comm. II. §. 193. Ulp. XXIV. §. 3.

7) Comm. II. §. 194. — Theop. II. 20. 2. S. mein Obligationenrecht. S. 30. 31.

8) Comm. II. §. 195.

9) Comm. II. §. 195. „deliberent ***** Decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.

In die Pandekten nun sind beide verschiedene Meinungen, von denen uns Gajus Meldung thut, übergegangen. Die Ansicht der Sabinianer ist entschieden ausgesprochen in l. 81. §. 6. [1]) und in l. 86. §. 2. [2]) de legatis I. (30). Beide Stellen sind von Julian, also älter als Antoninus Pius, und daher leicht erklärlich: die entgegengesetzte Ansicht, also die der Proculejaner, findet sich in l. 64. D. de furtis (47. 2). Die Stelle ist von Neratius, also auch von einem vor Antoninus lebenden Juristen, bei dem aber als bei einem zur Schule des Proculus gehörigen diese Meinung zu finden eben nicht unnatürlich ist. Daß aber Paulus [3]), so unverhältnißmäßig lange nach Antoninus Pius, sich noch für die Sabinianer erklärt, ist sonderbar, und macht die Ansicht unseres Gajus verdächtig, daß die Constitution dieses Kaisers die Sache gänzlich entschieden habe. Diese wird dadurch noch verdächtiger, daß die Pandekten eine vermittelnde Ansicht

1) „Si Titius. cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit, et eundem Sejo legaverit, et heres Titii legatum non repudiaverit, Stichum Sejus vindicavit."

2) „nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur: si non repulerit ex die aditae hereditatis ejus intelle-getur.

3) Sent. rec. III. 6. §. 7. „Per vindicationem legatum, etsi non constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit.

Ulpians [4]) enthalten, welcher meint, durch Annahme des Legats habe der Legatar das Eigenthum rückwirkend (retro) vom Tage der angetretenen Erbschaft gehabt, durch Ausschlagen aber sey die Sache auch rückwirkend immer die des Erben geblieben. Daß diese Meinung keiner der beiden Schulen angehört, daß vielmehr die Proculejaner die Sache bis zur Annahme des Legats für eine res nullius gehalten, die Sabinianer aber für eine res heredis, erzählt uns Gajus [5]) sehr deutlich.

Aus dem Begriffe des legatum per vindicationem folgt aber, daß nur die Sache in dieser Form vermacht werden könne, die überhaupt vindicirt werden kann, also die ex jure Quiritium des Erblassers war: bei den Sachen, quae pondere, numero, mensura constant braucht dieses quiritarische Eigenthum des Erblassers nur zur Todeszeit, bei allen übrigen muß es sowohl zur Todeszeit, als auch zur Zeit der Testamentsverrichtung vorhanden gewesen seyn [6]). Vor der lex Papia acrescirte, wenn eine Sache mehreren sowohl conjunctim, als disjunctim per vindicationem legirt war, dieselbe dem Collegatar, seit der lex Papia aber wird sie caduc [7]). Ist eine Sache per vindicationem sub

4) l. 44. §. 1. de leg. I. (30.)
5) Comm. II. §. 200.
6) Comm. II. §. 196. Ulp. XXIV. §. 7. Epitome II. §. 5.
7) Comm. II. §. 199. §. 206. Ergänzt wird dadurch Ulp. XXIV. 12. — *Göschen* observ. I. 1. 1. §. 1. de us. acc. (7. 2.) §. 8. J. de leg. (II. 20.) l. 30. de cond. et dem. (35. 1.) Epitome II. 5. §. 1. §. 4. 5.

condicione vermacht, so gehört sie pendente condicione nach der Meinung der Sabinianer dem Erben, wie der statuliber [8]): nach der Ansicht der Proculejaner aber ist sie pendente condicione eine res nullius [9]).

Ganz verschieden von dem legatum per vindicationem ist das per damnationem. Begründet jenes Eigenthum und eine Vindication, so begründet dieses eine obligatio stricti juris, und eine condictio: der Legatar stellt eine Klage auf ein dare oportere [1]) an; daher kann denn auch eine fremde Sache per damnationem legirt werden, und der heres hat die Pflicht sie zu kaufen und dem Legatar entweder zu mancipiren, in jure zu cediren oder zu tradiren [2]), eben so aber können auch zukünftige Sachen per damnationem legirt werden [3]). Hat aber jemand seine Sache per damnationem legirt, und sie nachher veräußert, so gilt zwar das Legat ipso jure, nach der Meinung der meisten aber kann der Legatar mit der exceptio doli, wie Gajus versichert, zurückgewiesen werden, als habe er gegen den Willen des Testators gefordert [4]). Diese Streitfrage ist indessen durch ein Rescript der Kaiser Severus und

8) Ulp. II. §. 2. l. 9. pr. de statuliberis (40. 7). l. 11. de legatis II. (31.)

9) Comm. II. §. 200.

1) Comm. II. §. 204. — Theoph. II. 20. 2. Schon vor Gajus in meinem Obligationenrecht. S. 31. u. fg.

2) Comm. II. §. 204. Ulp. XXIV. §. 8.

3) Comm. II. §. 203.

4) Comm. II. §. 198.

Antoninus [5]) beseitigt, die nur dann das Legat für hinweggefallen erklärten, wenn die Veräußerung adimendi animo geschehen sey. Der Beweis ist natürlich vom Erben zu führen [6]). Da die Klage aus diesem Legat auf ein dare opportere geht, so muß die auf diese Weise legirte Sache überhaupt gegeben werden können [7]). Ist disjunctim Mehreren legirt, so wird natürlich jeder die Sache ganz erhalten, d. h. einer sie selbst, die andern aber ihren Werth. Ist dagegen conjunctim Mehreren legirt, so wird jeder nur einen Theil der Sache erhalten. Die portio deficientis bleibt in der Erbschaft bis zur lex Papia; nach dieser lex wird auch sie caduc [8]). Die Formel für das legatum per damnationem ist: Heres dare damnas esto, oder auch Dato, Facito, heredem, dare jubeo [9]).

Ein legatum sinendi modo wird in folgender Form erlassen: Heres meus damnas esto sinere Lucium Stichum sumere sibique habere [1]). Dieses Legat, eine Unterart des legatnm per damnationem, ist enger als dieses, aber weiter als das Vindicationslegat. Sinendi modo können nämlich nicht nur des Testators eigene Sachen, sondern auch die des Erben

5) §. 12. J. de leg. (II. 20.)
6) l. 11. §. 12. de leg. XXIV. §. 4.
III. (32.)
7) Ulp. XXIV. §. 9.
8) Comm. II. §. 205 — 208. Ulp. XXIV. §. 12—14.
9) Comm. II. §. 201. Ulp.
1) Comm. II. §. 209. Ulp. XXIV. 5.

hinterlassen werden, nicht aber die eines Anderen. Auch brauchen sie nicht zu zweien Zeiten, sondern nur zur Todeszeit dem Testator oder Erben gehört zu haben [2]). Die Klage aus diesem Legat ist ebenfalls eine persönliche Klage, aber keine condictio, denn sie geht auf ein dare facere opportere [3]). Gajus [4]) referirt eine Streitfrage, rücksichtlich dieses Legats, die er aber unentschieden läßt. Einige meinen, sagt er, daß bei dem legatum sinendi modo der Erbe das Eigenthum des Legats nicht zu übertragen brauche, sondern nur zugeben müsse, daß der Legatar die Sache sich nehme, wie es der Testator vorschrieb. Vorzüglich sey diese Ansicht von praktischer Bedeutung in dem Falle, wo Mehreren disjunctim eine Sache legirt sey, denn nun folge daraus, daß der zuerst occupirende die Sache erhalte, alle anderen aber nichts, weil der Erbe nur zu erlauben brauche, daß die Sache hinweggenommen werde. Viele sind jedoch der Meinung, es verhalte sich mit dem legatum sinendi modo gerade in diesem Punkte, wie mit dem legatum per damnationem. Für diese letztere Meinung nun, für die allem Anschein nach auch Gajus ist, erklärt sich Celsus in l. 14. de usu et usufr. et reditu (33. 2).

Das legatum per praeceptionem ist eine Unterart

2) Comm. II. §. 210. 211. Ulp. XXIV. §. 10.

3) Comm. II. §. 213.

4) Comm. II. §. 214, 215. Epit. II. §. 6.

tzrart des legatum per vindicationem: daher können auch nur die Sachen, die dem Testator gehörten, auf diese Weise vermacht werden [5]); nur in dem einen Fall soll eine res aliena per praeceptionem vermacht werden können, wenn der Testator die Sache legirte, die er fiduciae causa seinem Pfandgläubiger mancipirt hatte. Diese wird gleichsam noch als seine Sache angesehen, und die Erben müssen sie einlösen [6]). Nach der Meinung der Sabinianer konnte, wie Gajus [7]) meldet, nur dem, welcher pro parte heres war, per praeceptionem legirt werden, denn nur bei diesem war ein Vorwegnehmen (praecipere) denkbar; daher sollte sich nach eben dieser Meinung der Legatar keiner anderen Klage, als des unter coheredes statt findenden judicium familiae erciscundae bedienen dürfen [8]). Die Proculejaner dagegen hatten die Ansicht, auch einem extraneus könne per praeceptionem legirt werden, und das praecipito [9]) bedeute nichts anders als capito, so daß das legatum per praeceptionem nichts sey, als ein legatum per vindicationem [1]). Diese Ansicht bestätigte eine Constitution Hadrians [2]), die denn Theophilus [3]) mit meint, wenn er sagt:

5) Comm. II. §. 220.
6) Comm. II. §. 220.
7) Comm. II. §. 217. — Theoph. II. 20. 2.
8) Comm. II. §. 219. — Theoph. II. 20. 2.
9) Die Formel war Lucius Titius hominem praecipito. Comm. II. §. 216. Ulp. XXIV. §. 6.
1) Comm. II. §. 221.
2) Comm. II. §. 221.
3) ad In. II. 20. §. 2.

αἱ διατάξεις δὲ τῶν νεωτέρων Βασιλέων ἀνειλον τὰ τυπικὰ ῥήματα. Ulpian [4]) ſtellt auch dieſer Hadrianiſchen Conſtitution gemäß, das legatum per praeceptionem dem per vindicationem völlig gleich. Gajus [5]) bemerkt, daß ſeit Hadrian jeder nun die per praeceptionem legirte Sache vindiciren kann, dafern ſie ex jure Quiritium des Teſtators ſey; ſey ſie aber in bonis deſſelben geweſen, und demzufolge kein Vindicationslegat möglich, ſo könne allein der Erbe durch das judicium familiae erciscundae die Sache erhalten, und dies iſt das noch praktiſche der Sabinianiſchen Meinung [6]). Mit der Theilung, mit der Accrescenz und der ſpäteren Caducität, verhält es ſich bei dieſem Legat wie bei dem legatum per vindicationem [7]).

Der erſte bedeutende Eingriff in das vierfache Recht der Legate, und die erſte Grundlage einer Vereinfachung deſſelben, erfolgt durch ein Senatusconſult, das unter Kaiſer Nero erlaſſen wurde, und daher Neronianum [8]) heißt. Es verordnet, daß

4) XXIV. §. 11.

5) Comm. II. §. 222.

6) Gajus ſcheint ſich auch nach Hadrians Conſtitution nicht recht in den Sieg der Proculejaner fügen zu wollen: er ſagt von ihr: quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse, und weiterhin ſpricht er doch nur von einer Proculejaniſchen Meinung, als ſey ſie geſetzlich noch nicht beſtätigt. „secundum hanc igitur opinionem," „secundum nostrorum opinionem," „secundum illorum opinionem."

7) Comm. II. §. 223.

8) Ulp. XXIV. §. 11.

jedes Legat, welches wegen seiner Wortfassung, oder des daraus folgenden, nicht gelten könne, so angesehen werden solle: „atque si optimo jure relictum esset." So heißt aber das legatum per damnationem, weil es das weitere, minder formelle ist [9]). Kann also ein Vindicationslegat, oder Präceptionslegat nicht gelten, weil eine res aliena vermacht ist, oder ein legatum sinendi modo, weil die legirte Sache weder dem Testator noch dem Erben gehört, so werden diese Legate dennoch, als wären sie Damnationslegate, ex senatusconsulto Neroniano aufrecht erhalten [1]). Die Sabinianer selbst waren unter sich uneinig, wie weit das S. C. Neronianum sich erstrecke; Sabinus meinte, wenn einem extraneus per praeceptionem legirt wäre (was ja nach seiner Ansicht nicht möglich war), so könne dieses Legat nicht einmal durch das S. C. Neronianum convalesciren, weil dieses nur die vitia verborum heile, hier aber der Fehler in der Person des Legatars liege. Sehr richtig bemerkten aber Julianus und Sextus dagegen, daß auch dieser Mangel in den Worten liege, und daß, wenn z. B. die Worte des Damnationslegats gebraucht wären, das Legat gültig wäre. Etwas anderes wäre es, wenn irgend einer Person legirt worden sey, die auch per damnationem nichts erhalten könne, wie z. B. einem

9) Comm. II. §. 197.

1) Comm. II. §. 197. §. 212. §. 222.

Peregrinen, oder irgend einem anderen, der keine testamentifactio habe: hier trete das Senatusconsult freilich nicht ein [5]). Constantin [3]) hebt späterhin allen Unterschied der Worte bei Legaten auf, so daß das S. C. Neronianum von ihm an nicht mehr einzutreten braucht; da aber noch die verschiedenartige Form der Legate verschiedene Klagen erzeugt, so schmelzt endlich Justinian [4]) alle vier Legate in eines um, und ertheilt aus diesem sowohl eine Vindication als eine condictio (nun actio ex testamento genannt), und eine hypothekarische Klage, so daß das Justinianeische Legat die Natur des Vindications- und Damnationslegats zugleich hat. Nachdem übrigens die Caducität aufgehoben, tritt Accrescenzrecht wieder ein.

Zu Gajus und Ulpians Zeiten waren folgende Legate nichtig; wenn im Testamente vor der Erbeinsetzung legirt war [5]), sollte es auch eine datio libertatis seyn [6]). Erst Justinian erklärt ein solches Legat für gültig [7]). Ob vor der Erbeinsetzung ein Tutor gegeben werden könne, war, wie Gajus [8]) meldet, streitig. Die Proculejaner bejahten, die Sabinianer verneinten es. Justi-

2) Comm. II. §. 218.

3) l. 21. C. de leg. (6. 37.)

4) l. 1. C. Comm. de leg. (6. 43.)

5) Comm. II. §. 229. Ulp. XXIV. §. 15. Paul. Sent. rec. III. 6. §. 2.

6) Comm. II. §. 230. Ulp. I. §. 20. Die datio libertatis ist überhaupt nicht von jedem anderen Legat verschieden.

7) §. 34. J. de leg. (II. 20.)

8) Comm. II. §. 231.

nian [9]) entscheidet sich, wie fast immer, und wie es auch nach seiner Hauptansicht consequent ist, für die Proculejaner. Nach dem Grundsatze, dessen Consequenz wohl nicht geläugnet werden kann, und von dem noch weiter unten die Rede seyn wird, „actiones ab herede et contra heredes incipere non posse," war das Legat unnütz, das nach dem Tode des Erben hinterlassen war [1]), weil, wie Ulpian [2]) und Paulus [3]) sich ausdrücken, der Testator nicht vom Erben seines Erben zu legiren vermag. Auf die Todeszeit des Erben (cum heres morietur) kann legirt werden, weil darunter, wie Gajus sagt, der letzte Lebensaugenblick verstanden wird; die Formel aber: Pridie quam heres meus morietur, ist unanwendbar, obgleich Gajus selbst sagt, er wisse keinen Grund dafür anzugeben [4]). Da Justinian [5]) der Rechtssatz: actiones ab herede incipere non posse, aufhebt, so fällt auch der abgeleitete weg, daß Legate, nach dem Tode des Erben ertheilt, ungültig seyen [6]). Mit der datio libertatis verhält es sich hierin, wie mit jedem anderen Legat [7]). Ob tutoris datio nach dem Tode des Erben statt finden könne, ist eben so streitig, wie

9) §. 3. J. qui test. tut. dari possunt. (I. 14.)

1) Comm. II. §. 232. Ulp. XXIV. §. 16. Paul. Sent. rec. III. 6. §. 5. 6.

2) XXIV. §. 16.

3) III. 6. §. 6.

4) Comm. II. §. 232.

5) l. un C. ut act. et ab. her. (IV. 11.)

6) §. 35. J. de leg. (II. 20.)

7) Comm. II. §. 233. — Ulp. I. §. 20.

ob sie vor der Erbeinsetzung möglich sey [8]). Da Justinian den Hauptsatz ändert, so hört auch diese Streitfrage auf. Auch poenae nomine, d. h. auf den Fall, daß der Erbe etwas thue oder unterlasse, kann kein Legat vermacht werden [9]), so wenig wie die Freiheit [1]). Der Grund ist allerdings der von Thibaut [2]) angegebene, daß ein feinfühlender das nicht einfordern wird, was ein anderer durch seine verbotene Handlung verwirkt hat; dennoch möchte ich weder mit Thibaut noch mit Reustetel [3]) in den Tadel Justinians einstimmen, daß er das poenae nomine relictum für gültig erklärte. Kann ein Legat sub conditione hinterlassen werden, so ist es gleichgültig, ob diese conditio von der Handlung des Erben oder von der eines Dritten abhängig gemacht wird. Ein legatum poenae nomine relictum ist aber nichts, als ein von der Handlung des Erben abhängiges Legat, obgleich Reustetel [4]) noch neulich mit Anderen beide Begriffe zu trennen scheint; denn daß der Testator im Grunde nicht möchte, die Bedingung des Legats trete ein, wodurch das Legat allein zu einem poenae nomine relictum wird, kann

8) Comm. II. §. 234.

9) Comm. II. §. 235. — Ulp. XXIV. §. 17. §. 36. J. de leg. (II. 20.)

1) Comm. II. §. 236. §. 36. J. eod. (II. 20.)

2) Versuche 2te Ausgabe. S. 148. Not. 17. Civ. Abhandlungen S. 55. Glänzende Bestätigung findet Thibaut's Ansicht durch Gajus Comm. II. §. 243.

3) In Gensler Archiv f. civ. Praxis 3. Bd. 1. Heft. S. 95.

4) a. a. O. S. 96.

doch auf die Natur des Legats keinen Einfluß haben. Justinians Verordnung ist also gewiß consequenter als das ältere Recht, wenn sie auch weniger nach Delicatesse schmecken mag. Aber auch schon nach älterem Recht, wird, wie wir jetzt aus Gajus erfahren, eine tutoris datio poenae nomine, nur als eine datio sub conditione angesehen [5]). Auch einer incerta persona, d. h. einer solchen, von der der Testator sich keine Vorstellung machen kann, kann nicht legirt werden, selbst nicht von einem miles; also z. B. nicht demjenigen, der nach der Testamentserrichtung zuerst Consul designatus werden wird; wohl aber kann eine incerta persona Legatar seyn, wenn etwas sie näher bezeichnendes hinzugefügt wird; also das Legat: qui ex cognatis meis, qui nunc sunt, primus ad funus meum venerit ei X millia heres meus dato, gilt [6]). Daß keiner incerta persona die libertas ertheilt werden kann, beruht schon auf einem anderen Grunde, weil die lex Furia Caninia nämlich will, daß die Sklaven genannt werden [7]). Gleich der incerta persona kann auch keinem alienus postumus, wozu auch der Sohn des filius emancipatus gehört, etwas legirt werden [8]), so wie ein solcher auch nicht als Erbe eingesetzt werden kann. Doch was einer incerta persona einmal bezahlt war, konnte nach Kaiserlichen Constitutionen

5) Comm. II. §. 237.
6) Comm. II. §. 238. Ulp. XXIV. §. 18.
7) Comm. II. §. 239. — Ulp. I. §. 25.
8) Comm. II. §. 241. §. 287.

nicht zurückgefordert werden [9]). Justinian hebt auch diese Gründe der Ungültigkeit auf, und nur der Satz des alten Rechts bleibt stehen, daß kein tutor incertus gegeben werden dürfe [1]). Eine Streitfrage herrschte im älteren Recht darüber, ob man demjenigen, welcher in der Gewalt des Erben sey, ein gültiges Legat vermachen könne. Die Proculejaner verneinten es allgemein: die Sabinianer selbst waren getheilter Meinung. Servius bejahte es, aber das Legat sollte nach ihm aufhören, wenn zur Zeit quo cedit dies legatorum der Legatar noch in der Gewalt sey: Sabinus und Cassius meinten das legatum pure relictum gelte in diesem Falle wegen der regula Catoniana, nicht, wohl aber das sub conditione vermachte [2]). Ulpian [3]) und die Institutionen [4]) erklären sich diesmal für die Distinction des Sabinus. Was übrigens Gajus [5]) und die Institutionen [6]) für ausgemacht halten, daß auch dem in dessen Gewalt der Erbe ist gültig legirt werden könne, daß aber das Legat schwinde, wenn derselbe Gewalthaber Erbe und Legatar zugleich werden würde, wird durchaus von Ulpian [7]) geläugnet. Sonst konnte auch dem Legatar kein Legat auferlegt [8])

9) Comm. II. §. 242. Ulp. XXIV. §. 33. §. J. eod. (II. 20.)

1) §. J. eodem (II. 20.)

2) Comm. II. §. 244.

3) XXIV. §. 23.

4) §. J. eod. (II. 20.)

5) Comm. II. §. 245.

6) §. 33. J. eod. (II. 20.)

7) XXIV. §. 24.

und vor dem Kaiser Nerva und Hadrian keiner civitas ein Legat vermacht werden [9]).

Nach neuerem Recht ist ein Legat überhaupt nur ungültig, wenn weder Testator noch Legatar testamentifactio haben [1]), wenn die legirte Sache eine res publica ist [2]), oder der Testator nicht wußte, daß sie eine res aliena sey [3]), wenn der Legatar sich das Legat im Testamente selbst zugeschrieben hat, und zwar dies letztere aus dem unter Tiber gegebenen S. C. Libonianum [4]). Die ungebundene Freiheit des Testirens, welche die zwölf Tafeln eingeführt hatten, erlaubte jedem sein ganzes Vermögen durch Legate zu erschöpfen: dies bewog die eingesetzten Erben häufig abzustehen, und so wurden viele die testirt hatten, ab intestato beerbt; dem zu steuern, verbot eine lex Furia einer Person (gewisse ausgenommen) mehr wie 1000 Asse zu legiren [5]). Aber weder dieses Gesetz noch die lex Voconia, welche einem Legatar mehr als dem Erben zu hinterlassen verbot, thaten

8) Ulp. XXIV. §. 20.

9) Ulp. XXIV. §. 28.

1) l. 2. D. de leg. I. (30.) §. 24. J. de leg. (II. 20.)

2) §. 41. J. eod. (II. 20.)

3) §. 41. J. eod. (II. 20.)

4) l. 1. ad S. C. Lib. (34. 8.)

5) Comm. II. §. 224. — Theop. II. 22. §. 2. Diese lex Furia gehört nach Ulp. de leg. et mor. §. 2. zu den legibus minus perfectis, die etwas verbieten, und nicht rescindiren, wenn dagegen gehandelt ist. Sie legt dem, welcher mehr als 1000 asses genommen hat, eine poena quadrupli auf. Theoph. l. l. Die lex Furia gestattete eine actio per manus injectionem. Comm. IV. §. 23.

die gewünschte Wirkung [6]), und so wurde denn unter Augustus die lex Falcidia nöthig, die dem Erben wenigstens immer den vierten Theil des Vermögens zuwendet, indem sie ihm erlaubt, von den Legaten so viel abzuziehen, bis ein Viertel der Erbschaft rein übrig bleibt [7]). Die Quarta wird von dem Vermögen, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers war, abgezogen [8]). Bei manchen Legaten indessen findet der Abzug ex lege Falcidia nicht statt.

War nach älterem Recht eine optio legati gegeben, so hatte sie bei dem legatum per vindicationem nothwendig der Legatar, bei dem per damnationem der Erbe [9]). Nach neuerem Recht kommt es darauf an, wem der testator die optio gegeben [1]). Sowohl körperliche als unkörperliche Sachen können legirt werden. Nach einem Senatusconsult [2]) kann es auch der Ususfruct vertretbarer Dinge gegen Caution. Eben so giebt es ein Legat eines quoten Theils der Erbschaft, das legatum partitionis, wovon unten mehr. Ein Legat kann durch mancherlei Gründe, Ademtion, Translation und Unwürdigkeit wegfallen.

Transmittiren kann der Legatar auf seine Erben

6) Die lex Furia wurde dadurch umgangen, daß man viele Legatare einsetzte, eben so die lex Voconia. Comm. l. l. Theoph. l. l.

7) Comm. II. §. 227. pr. J. de leg. Falc (II. 22.) — Theoph. l. l.

8) §. 2. J. ad leg. Falc. (II. 22.)

9) Ulp. XXIV. §. 14.

1) l. 2. D. de optione (33. 5).

2) Ulp. XXIV. §. 27.

das unbedingte Legat, nach älterem Recht zur Todeszeit des Testators, nach der lex Papia, sobald das Testament eröffnet [3]) ist, und nach neuerem Recht wiederum, wie nach altem Recht, zu des Testirers Todeszeit [4]). Das unbedingte Legat kann erst nach eingetretener Bedingung transmittirt werden [5]).

Recht der Fideicommisse.

In den Zeiten der Römischen Republik war es Sitte, solchen, denen man nichts auf civilrechtlichem Wege vermachen konnte, dadurch etwas zukommen zu lassen, daß man den Erben um Restitution bat. Erst seit Augustus konnte bekanntlich der Erbe gezwungen werden, die Anordnung dieser Art Fideicommisse zu erfüllen: seit dieser Zeit gab es einen eigenen Prätor, der über Fideicommisse Recht sprach [6]). Wie aber kein Legat ohne directen Erben, so auch kein Fideicommiß [7]), bestehe dieses nun in der Restitution der ganzen Erbschaft oder einzelner Sachen. Beide Arten von Fideicommissen werden aber sorgfältig von den Römischen Juristen getrennt. Die bei Fideicommissen üblichen Worte sind: fideicommitto, peto, volo dari, rogo, mando [8]). Diese

3) Ulp. XXIV. §. 30.

4) l. 5. pr. D. quando dies (36. 2).

5) l. 5. §. 2. eod. (36. 2.)

6) pr. J. de fid. her. (II. 23.) Theoph. ad. h. l.

7) Comm. II. §. 248. §. 2. J. eodem (II. 23). Epit. II. 7. pr.

8) Comm. II. §. 249. Ulp. XXV. §. 2. §. 3. J. de sing. reb. (II. 24.)

verba precativa im Gegensatz der imperativa machen den Unterschied zwischen Fideicommiß und Legat [9]).

Vor Kaiser Nero wurde die Restitution einer Erbschaft aus einem Universalfideicommiß, wie der Verkauf einer hereditas überhaupt behandelt. Der Erbe cedirte die Erbschaft in jure dem Fideicommissar, und die gegenseitigen Stipulationen die beim Erbschaftsverkauf überhaupt üblich sind, wurden auch hier interponirt [1]). Unter Nero aber hörte durch das S. C. Trebellianum diese Form plötzlich auf, weil von jetzt an utiliter dem Fideicommissar alle Erbschaftsklagen ertheilt wurden, so wie nun auch alle utiliter gegen ihn angestellt werden konnten: der Erbe war jetzt nur noch dem Namen nach da. Weil aber viele Erben, da sie von der Erbschaft keinen Vortheil hatten, dieselbe ausschlugen, so wurde analog der lex Falcidia, unter Vespasian durch ein S. C. Pegasianum (Pegaso et Pusione Coss.) dem Erben ein ähnlicher Abzug bis zu einem reinen Viertel der Erbschaft gestattet [2]). Das Recht der Universalfideicommisse war also unter Vespasian folgendes: Immer mußte der Erbe ein reines Viertel der Erbschaft erhalten: war ihm dieses Viertel aber schon durch den Testator gesichert, so wurde es betrachtet, als sey niemals ein S. C. Pegasianum gegeben worden; wie vorher hatte der Erbe nach Civil-

9) Ulp. XXV. §. 1.
1) Comm. II. §. 252. — Theoph. II. 23. §. 3.
2) Comm. II. §. 253. 254. §. 5. J. de fid. her. (II. 22.) Ulp. XXV. §. 14. 15.

recht, der Fideicommissar ex S. C. Trebelliano, die Erbschaftsklagen; auf eben die Weise konnten beide belangt werden. War aber mehr als dreiviertel der Erbschaft durch Fideicommiß erschöpft, so wurde nur vom S. C. Pegasianum, nicht auch vom Trebellianum Notiz genommen. Der Erbe zog sein Viertel ab, und das Ganze wurde wie ein legatum partitionis betrachtet; die Stipulationen, die hier wegen gegenseitigen Schadens oder Gewinns zwischen Legatar und Erben üblich sind, werden auch bei dem Fideicommiß der letzteren Art interponirt. Die Klagen hatte natürlich wo das S. C. Pegasianum Anwendung fand, nur der heres: auch konnte er nur belangt werden. Wurde die Quarte vom Erben nicht abgezogen, so fanden nicht stipulationes partis et pro parte statt, auch fand das S. C. Trebellianum keine Anwendung, sondern das alte Recht, das die Restitution wie eine emtio hereditatis betrachtete, trat hier ein, und Stipulationen, wie sie da üblich sind, wurden interponirt [3]). Ein anderer Artikel des S. C. Pegasianum verordnete, daß wenn der Erbe, trotz des ihm gestatteten Abzugs im Allgemeinen nicht antreten wolle, er es auf Befehl des Prätors thun müsse, und nun dem Fideicommissar die ganze Erbschaft zu restituiren habe. Hier trete alsdann das S. C. Trebellianum in Kraft, und Stipulationen, wie bei einem legatum partitionis sind unnö-

3) Comm. II. §. 253—258. §. 6. J. l. l. (II. 22.) Ulp. l. l.

thig [4]). Ob jemand ex asse Erbe sey oder nicht, die ganze Erbschaft zu restituiren habe oder einen Theil, darauf kommt es nicht an [5]).

Dieses wahrhaft buntscheckige Recht, aus verschiedenen Quellen, verschmelzt Justinian [6]) zu einem Rechtssatze: der Erbe kann, bis er ein Viertel hat, immer abziehen, und muß restituiren. Aber wenn der Erbe nicht ganz restituirt, haben nun Erbe und Fideicommissar die Erbschaftsklagen, und stipulationes partis et pro parte, finden beim Fideicommiß nicht statt. Daß Justinian übrigens alles dem S. C. Trebellianum vindiciren möchte, ist sehr interessant.

Einzelne Sachen können durch Fideicommiß nicht allein vom Erben, sondern auch vom Legatar und Fideicommissar hinterlassen werden, und zwar, wie beim legatum damnationis eine fremde Sache [7]), hier auch vom Legatar [8]), der jedoch nicht mehr oneirt seyn muß, als er honorirt ist [9]). Gajus theilt mit, daß es streitig sey, ob der Erbe wie bei dem legatum damnationis [1]), so auch hier, wenn der

4) Comm. II. §. 258. 271. Ulp. XXV. 16. §. 6. J. l. l. (II. 22.)

5) Comm. §. 259. §. 8. J. eod. (II. 22.)

6) §. 7. J. eod. (II. 22.)

7) Comm. II. §. 260—262. pr. §. 1. J. de sing. (II. 22.) Ulp. XXV. §. 5.

8) Comm. II. §. 261. — Ulp. l. l.

9) Comm. II. §. 261. — Ulp. l. l.

1) Ich glaube, daß in Comm. II. §. 262. nicht mit Heise eandemque, sondern mit dem Herausgeber aliamque zu restituiren ist. Der Erbe muß

Herr einer fremden durch Fideicommiß hinterlassenen Sache diese nicht verkaufen wolle, die aestmatio bezahlen müsse [2]). Wie jede Sache kann die Freiheit des eigenen oder fremden Sklaven fideicommittirt werden, nur daß hier keine aestimatio möglich ist [3]).

Zwischen dem Fideicommiß auf der einen, und der Erbschaft und dem Legat auf der andern Seite, herrschten zu Gajus und Ulpians Zeit folgende wichtige Unterschiede: ein Fideicommiß konnte nach dem Tode des Erben hinterlassen werden, ja sogar die ganze Erbschaft durch Fideicommiß [4]), nicht so ein Legat; Fideicommisse brauchten nicht einmal wie Legate in durch das Testament bestätigten Codicillen gegeben zu werden [5]), sondern ein Wink reichte, wie Ulpian [6]) sagt, hin; der Legatar, von dem nicht legirt werden durfte, konnte mit Fideicommissen beschwert werden [7]); einem fremden Sklaven konnte durch Fideicommiß

ja beim legatum per damnationem oft die Sache und die aestimatio geben, und das ist von Römischen Juristen nicht bestritten.

2) Comm. II. §. 269.

3) Comm. II. §. 263—268. Ulp. II. §. 7. et sqq. Bekanntlich heißt der, dem direct Freiheit gegeben wird, libertus orcinus, im Gegensatz des fideicommissarisch freien.

4) Ulp. XXV. §. 8. Epit. II. 7. §. 8. Comm. II. §. 277. Im Gegensatz des Legats, wird ein solches Fideicommiß, als ein nach dem Tode gegebenes betrachtet, im Gegensatz der Erbschaft, als eine Substitution beim extraneus (was direct nur bei Pupillen möglich).

5) Comm. II. §. 270. Ulp. XXV. §. 4. §. 8. Epit. II. 7. §. 8.

6) XXV. §. 3.

7) Comm. II. §. 271.

die Freiheit gegeben werden [8]); die Frau, die nach der lex Voconia von einem über 100000 Sestertien censirten, nicht als Erbin eingesetzt werden konnte, durfte eine solche Erbschaft durch Fideicommiß erhalten [9]); ein Latinus Junianus konnte nicht heres und Legatar, wohl aber Fideicommissar seyn [1]). Wegen der Legate findet nach älterem Recht eine petitio per formulam statt, theils eine vindicatio, theils eine condictio; bei Fideicommissen hingegen eine extraordinaria cognitio, in Rom vor dem Consul oder dem besonders dazu bestallten Prätor, in den Provinzen vor dem Präses [2]). Auch kann demzufolge über Fideicommisse immer Recht gesprochen werden, über Legate nur an den ordentlichen Gerichtstagen [3]). Von Fideicommissen müssen fructus und usurae morae bezahlt werden; bei Legaten kann dieses nicht der Fall seyn, weil überhaupt jede condictio nur auf ein certum geht [4]), es bedurfte also hierzu keines Hadrianischen [5]) Rescripts. Gajus [6]) berichtet uns jedoch, daß es schon Julians Meinung gewesen sey, auch beim legatum sinendi modo wären usurae

8) Comm. II. §. 272. — Epit. II. 7. §. 8.

9) Ueber die lex Voconia, und über das, was uns Comm. II. §. 271. darbietet, denke ich an einem anderen Orte nächstens zu sprechen.

1) Comm. II. §. 275. Ulp. XXV. §. 7.

2) Comm. II. §. 278. Ulp. XXV. §. 12.

3) Comm. II. §. 279.

4) Comm. II. §. 280. — Epit. II. 7. §. 8.

5) Comm. II. §. 280.

6) Comm. II. §. 280.

usurae morae zulässig, und daß diese Meinung zu seinen Zeiten großentheils Eingang finde. Der Grund ist vielleicht der, weil ja nach Einiger Meinung der Erbe bei dem legatum sinendi modo das Eigenthum nicht zu übertragen braucht, sondern nur erlauben muß, daß der Legatar die Sache selbst nehme, wobei aber allerdings mora leichter möglich ist.

Ein fernerer Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen lag darin, daß die letzteren in Griechischer Sprache geschrieben seyn durften, die ersteren nicht [7]); beim Fideicommiß konnte niemals eine Klage auf das duplum im Läugnungsfall angestellt werden, wie bei dem legatum per damnationem [8]). Wenn ein indebitum ex causa fideicommissi bezahlt war, so konnte es zurückgefordert werden, nicht so beim legatum damnationis [9]). War jemanden, der sich in der Gewalt befand, etwas hinterlassen worden, so konnte der Gewalthaber mit einem Fideicommiß, nicht mit einem Legat beschwert werden [1]).

Vor Gajus Zeiten waren noch einige Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen praktisch. Peregrinen, die allgemein weder Erben noch Legatare seyn konnten, durften dennoch Fideicommisse erhalten. Caelibes, die nach der lex Julia und Papia

7) Comm. II. §. 281. — Ulp. XXV. §. 9.

8) Comm. II. §. 282. IV. §. 9. §. ult. J. de O. q. e. c. (III.)

9) Comm. II. §. 283. — Ulp. XXIV. §. 33.

1) Ulp. XXV. §. 10.

Poppaea gar keine Legate und Erbschaften bekamen, und orbi, die sie nur zur Hälfte erhielten, waren von Fideicommissen nicht ausgeschlossen. So konnte auch einer incerta persona und einem alienus postumus ein Fideicommiß vermacht werden [2]). Aber schon vor Hadrian wird es Peregrinen verboten Fideicommisse zu nehmen; nach einem Senatusconsult unter Hadrian fallen solche Fideicommisse dem Fiscus zu [3]). Unter Vespasian durch das S. C. Pegasianum werden rücksichtlich der caelibes und orbi Fideicommisse den Legaten und Erbschaften gleichgestellt, und Hadrian nimmt auch den incertis personis und alienis postumis das Recht Fideicommisse zu erhalten [4]); ein fideicommissum poenae nomine gilt nicht, und ein tutor fideicommissarius ist undenkbar [5]).

Indem Justinian [6]) den Unterschied zwischen Singularfideicommiß und Legat völlig aufhebt, schwinden denn nun auch die letzten Unterschiede zwischen beiden von selbst. Wie das Universalfideicommiß fast Erbschaft ist, so ist das Singularfideicommiß ganz Legat. Aber damit alles recht gleichmäßig aussehe haben wir denn auch drei Pandektenbücher, von denen gewiß nicht eine einzige Stelle echt ist, und die mit einer seltsamen Interpolation beginnen. Wenn

2) Comm. II. §. 285—288.

3) Comm. II. §. 285.

4) Comm. II. §. 286. 287.

5) Comm. II. §. 288. 289.

6) l. 2. Comm. de leg. et fid. (6. 43.) §. 3. J. de leg. (II. 20.)

Ulpian [7]) die Legate den Fideicommissen gleichsetzt, müssen ja wohl auf gut logisch die Kaiser Severus und Antoninus von Verzugszinsen der Legate sprechen [8]), und der Jurist Papinian Legate, die indebite bezahlt sind, zurückfordern lassen [9]).

Zweiter Abschnitt.

Von dem Erbrecht der Freigelassenen.

Erbfolge des *liberti civis Romani*.

Die testamentarische Erbfolge des liberti civis Romani wich nach den zwölf Tafeln gar nicht von der eines ingenuus ab. Was die Intestaterbfolge betrifft, so folgten dem Freigelassenen erst die sui heredes, dann der Patron, der die Stelle des proximus agnatus vertritt [1]). Aber das prätorische Edict ertheilte ferner dem Patron eine bonorum possessio contra tabulas auf die Hälfte des Vermögens, wenn nicht liberi naturales, wozu sui, emancipati, und sogar die in einer fremden Adoptivfamilie sind, gerechnet werden, im Testamente zum Theil eingesetzt waren, oder übergangen selbst b. p. c. t. erlangt hatten. Enterbte liberi naturales schlossen den Patron so wenig aus, wie Adoptivkinder und die

7) l. 1. de leg. I. (30.)
8) l. 1. C. de usur. et fr. legat.
9) l. 3. de cond. ind. (12. 6.)

1) Comm. III. §. 40. pr. J. de succ. lib. (III. 3.) — Ulp. XXVII. §. 1. XXIX. §. 1.

Frau in manu. Aber auch ab intestato erbte der Patron von nun an die Hälfte, wenn Adoptivkinder oder eine Frau in manu vorhanden waren [2]). Die lex Papia vermehrte noch die Patronatsrechte. Wenn der libertinus weniger als drei leibliche Kinder und 100000 Sestertien hinterlassen hatte, erbte der Patron einen Viriltheil, mochte der libertinus, testatus oder intestatus gestorben seyn [3]).

Die Kinder des Patrons hatten nach den zwölf Tafeln die Rechte ihres Vaters, doch so daß der Nähere den Entfernteren ausschloß, also der eine Patron den Sohn des anderen [4]). Zwischen Töchtern und Söhnen machten die zwölf Tafeln eben so wenig Unterschied bei Freigelassenen, wie bei ingenuis [5]). Aber die Rechte, die das Edict dem Patron und seinen Kindern männlichen Geschlechts ertheilt, mit anderen als leiblichen Kindern zur Hälfte zu erben, gewährt erst die lex Papia den weiblichen Kindern, wenn sie das jus liberorum haben. Zugleich mag ihnen wohl auch die lex Papia das gegeben haben, was sie selbst dem Edicte hinzufügte, also weibliche Kinder des Patrons völlig den männlichen gleichgesetzt haben [6]).

2) Comm. III. §. 41. §. 1. J. eod. (III. 8.) Ulp. XXIX. §. 1.

3) Comm. III. §. 42. — §. 2. J. eod. (III. 8.)

4) Ulp. XXIX. §. 4.

5) Comm. III. §. 45. 46. Ulp. I. 1.

6) Ulpian sagt dieses zwar nicht, aber er erwähnt überhaupt die Neuerung aus der lex Papia gar nicht. Gajus ist hier lückenhaft.

Was die Erbfolge am Vermögen der liberta betrifft, so brauchte weder das Edict noch die lex Papia zum Besten des Patrons hier Verbesserungen anzubringen, denn die Freigelassene konnte ja ohne den Patron, in dessen legitima tutela sie war, kein Testament machen, und in der Intestaterbfolge nahm der Patron die erste Stelle ein, weil eine Frau keine sui heredes haben kann. Als aber die lex Papia die libertina, welche das jus quatuor liberorum hatte, von der Patronatstutel befreite, verordnete sie zugleich, daß dem Patron ein Viriltheil immer verbleiben solle, und zwar in der Concurrenz mit Kindern [7]): denn daß, wenn extranei oder nicht leibliche Kinder im Testamente der Freigelassenen eingesetzt waren, der Patron wenigstens eine b. p. c. t. auf die Hälfte hatte, wenn auch nicht aus dem Edict, beweist wohl das Absurde, daß sonst der Patron an dem Vermögen seines libertus mehr Rechte, als an dem seiner liberta gehabt hätte. Die Tochter des Patrons hatte, weil ihr keine Tutel zustand, nur ein Intestaterbrecht an dem Vermögen der liberta ihres Vaters. Auch herrschte darüber eine Streitfrage, ob eine filia patroni, die das jus trium liberorum hatte, gegen das Testament der liberta, die das jus quatuor liberorum erworben, einen Viriltheil erhielt [8]): so viel ist gewiß, daß sie gegen

7) Comm. III. §. 43. 44. Ulp. XXIX. §. 2. 3.

8) Comm. III. §. 47.

das Testament der liberta, worin extranei oder nicht leibliche Kinder eingesetzt waren, b. p. c. t. auf die Hälfte erlangen konnte [9]). Ganz unverständlich ist mir die Stelle des Gajus: „set tamen intestata liberta mortua verba legis Papiae faciunt ut ei virilis pars debeatur" [1]). Wenn die libertina ohne Testament starb, so gebührte ja schon nach den zwölf Tafeln der Tochter des Patrons alles, weil eine Frau keine sui heredes haben kann. Wie kann das also als Begünstigung der lex Papia aufgestellt werden, daß ihr ein Viriltheil zukomme: oder sollte vielleicht die lex Papia die Rechte der Tochter des Patrons in diesem Punkte vermindert haben?

Die Patronin hatte an dem Vermögen des libertus, gleich der Tochter des Patrons, aus den zwölf Tafeln alle Rechte des Patrons selbst. Aber auch sie berücksichtigte das Edict nicht; erst die lex Papia giebt der freigebornen Patronin die zwei Kinder der freigelassenen, die drei Kinder hat, die Rechte des Edicts; der patrona ingenua, die drei Kinder hat, ertheilt die lex alle Rechte, die sie selbst dem Patron gewährt; solche Rechte hatte die patrona libertina niemals [2]). An der Intestaterbfolge der Patronin in das Vermögen der liberta ändert die lex Papia nichts. Ist weder die liberta noch die Patronin capite de-

9) Comm. III. §. 47. Auch entscheidet hier die Analogie der patrona. (Comm. III. §. 52.)

1) Comm. III. §. 47.

2) Comm. III. §. 49—52.

minuirt, so schließt die Patronin, wenn sie selbst auch keine Kinder hat, die Kinder der liberta aus; ist aber capitis deminutio irgend eines Theils vorhanden, so schließen die Kinder der liberta, als die nächsten Cognaten, die Patronin aus: gegen das Testament der liberta hat die kinderlose Patronin kein Rechtsmittel: die aber Kinder hat, erhält b. p. c. t., libertae, wie der Patron gegen seinen libertus [3]). Sonderbar ist es, daß, wie uns Gajus [4]) meldet, die Tochter der Patronin in diesem Punkte ein besseres Recht als die Patronin selbst hat; diese letztere muß mehrere Kinder haben, während bei der Tochter ein Kind genügt.

Das prätorische Edict beruft aber, wenn weder Kinder noch legitimi (Patron und seine Kinder) vorhanden sind, Andere zur bon. poss. intestati eines libertus: zuvörderst die Cognaten des Freigelassenen, dann die Agnaten des Patrons (tum quem ex familia), und was diesen gleichsteht; wenn der Manumittent selbst libertinus ist, den Patron des Patrons, und dessen Kinder [5]). Ist der Freigelas-

3) Comm. III. §. 51. 52.

4) Comm. III. §. 53.

5) Ich glaube, daß die so überaus gründliche Darstellung Göschens in Hugo civ. Magazin Band IV. S. 257—359 diesen Punkt vollkommen aufs Reine gebracht hat; es kann wohl nicht dagegen erinnert werden, daß die 5te und 6te Klasse in so fern eben so eine wären, als die Klasse unde legitimi Agnaten und Patron einschließt: denn wie könnte alsdann, dürfte man fragen, die Klasse der decem personae als dritte aufgeführt werden, da sie in

sene ein ingenuus manumissus, so folgt statt des Patrons der parens [6]). Endlich, wenn diese Klasse fehlt, kommt die andere unde vir et uxor, und zuletzt die der Cognaten des Patrons heran, und zwar gewisse Cognaten, die die lex Furia ausnimmt. In der zweiten Klasse, unde legitimi, zieht der Prätor noch zehn Personen, welche die Institutionen nennen, dem extraneus manumissor vor [7]). Das S. C. Orphitianum läßt auch Kinder einer Frau dem Patron vorangehen.

Anderer Aenderungen im Einzelnen nicht zu gedenken, gestaltet Justinian das ganze Erbrecht der Freigelassenen um, indem er es dem alten Recht der zwölf Tafeln wieder näher bringt; ein libertinus, der weniger, als 100 aureos hat, kann testiren, ohne den Patron einzusetzen; ab intestato schließen die Kinder jeder Art den Patron aus: nur bei dem centenarius libertus weicht das neuere Recht von dem Zwölftafelgesetz darin ab, daß dieser, sobald keine Notherben da sind, extraneos nicht einsetzen kann, ohne den Patron zu bedenken: sonst erhält dieser eine b. p. c. t. auf ein Drittel des Vermögens, oder

den extraneus manumissor vorgeht, also im Grunde die zweite ist?

6) Daß die Mutter hier seit dem S. C. Tertullianum, wie Göschen meint, mit dem Vater geerbt habe, scheint nicht wahrscheinlich, wenn auch das Wort parentes sonst Schwierigkeit macht. Der extraneus manumissor kam hier gewiß nicht wieder vor.

7) §. 3. J. de bon. poss. (III. 10.)

auch eine suppletorische Klage auf diesen Theil [8]). Ist kein Patron da, so folgen seine Kinder, ja sogar Collateralen bis in den fünften Grad [9]), dann die Cognaten des libertus, und endlich vir et uxor. Daraus folgt von selbst, daß die Klasse tum quem ex familia, so wie die ihr coordinirte aufgehoben sind [1]). Auch die unde decem personae ist nicht mehr nöthig, so wie die der Cognaten des Manumissors. Auch ist zwischen den männlichen und weiblichen Kindern des Patrons, und zwischen der Patronin und dem Patron kein Unterschied mehr. Der Nähere schließt aber wie bisher den Entfernteren aus [2]).

Erbfolge eines *libertus Latinus* und *dedititius*.

Die lex Junia hatte, wie Gajus [3]) sagt, um nicht zu gehässig zu werden, das beibehalten, daß die Latini Juniani, als wären sie noch Sklaven, nicht beerbt werden konnten; ihr Vermögen fiel jure peculii an den Manumissor zurück, und es kann also von einer hereditas hier eigentlich gar nicht die Rede seyn. Während das Vermögen eines civis Romani liberti nach Civilrecht nie an die extraneos he-

8) §. J. de bonor. poss. (III.)

9) §. J. de succ. lib. (III. 8.)

1) §. J. de bonor. poss. (III. 10.)

2) §. J. de succ. lib. (III.)

3) Comm. III. §. 56. §. ult. J. de succ. lib. (III. 8.) l. un C. de lat. lib. toll.

redes des Patrons kommt [4]), sondern nur ihm und seinen Kindern zufällt, gleichviel ob diese letzteren vom Patron eingesetzt oder enterbt sind, muß consequent das Vermögen eines Latinus Junianus, als Peculium immer dem Patron gehörig, wie jede andere Sache den extraneis heredibus zukommen, nicht aber den liberis exheredatis [5]). Dieses vollkommen verschiedene Grundprinzip bewährt sich auch in anderen Anwendungen: die Erbschaft eines civis libertinus theilen zwei Patrone, die ungleichen Antheil am Sklaven hatten, gleich, weil hier bloß das persönliche Verhältniß als solches, nicht die Quantität des früheren Antheils in Betracht kommt; das Vermögen eines Latinus Junianus fällt als peculium den Herren, nach ihrem Antheil an dem Sklaven zu. In der hereditas des civis Romani liberti schließt der eine Patron den Sohn des anderen aus, und Patronskinder theilen in capita, nicht so hier; hier gilt nothwendig Repräsentationsrecht, und divisio in stirpes. Wenn ein Patron die hereditas des civis Romani liberti ausschlägt, accrescirt sein Theil dem anderen: die bona Latini Juniani können nicht accresciren, sie werden caduc [6]).

Ein S. C. Largianum (Lupo et Largo Coss.) ändert das bisher consequente Recht wunderbar genug dahin, daß nun liberi non nominatim ex-

4) Comm. III. §. 48.
5) Comm. III. §. 57. 58.
6) Comm. III. §. 59—63.

heredati des Patrons, den extraneis heredibus in dem Vermögen der Latini Juniani vorgehen sollen. Unter liberi sind ebenfalls emancipirte Kinder, und auch solche zu verstehen, die nach Civilrecht eigentlich nur inter ceteros exheredirt zu werden brauchten, so wie auch diejenigen darunter begriffen sind, die sich der Erbschaft ihres Vaters enthielten [7]). Gajus tadelt aber den Pegasus, der die falsche Ansicht hatte, daß durch das S. C. Largianum das Erbrecht der Latini Juniani dem der anderen Freigelassenen gleichgestellt sey [8]). Andere Streitfragen herrschten darüber, ob das Senatusconsult auch auf die Enkel von der Tochter, oder auf die Kinder der patrona auszudehnen sey? Cassius bejahte diese Frage, aber mit Recht tadelt sie Gajus [9]), weil, da das Senatusconsult von nominatim exheredatis spricht, es gewiß nur die im Sinne haben konnte, die enterbt werden müssen, also weder die Kinder der Patronin noch Tochterkinder überhaupt. Noch war zwischen Coelius Sabinus und Javolenus streitig, ob, wenn liberi und extranei vom manumissor eingesetzt sind, die liberi ganz in die bona Latini folgen, oder ob die liberi nur das nach dem Senatusconsult allein erhalten, was nach der lex die extranei heredes gehabt haben würden [1]).

Trajan verordnete, daß sogar, wenn ein La-

7) Comm. III. §. 63 — 69.
8) Comm. III. §. 70.
9) Comm. III. §. 71.
1) Comm. III. §. 70.

tinus Junianus ohne Einwilligung des Patrons vom Kaiser das jus Quiritium erlangt habe, er Latini jure sterben, und alles bleiben solle wie bisher; testamentifactio hat er nur in so fern, als er den Patron einsetzen, und ihm jemanden substituiren kann; ein Senatusconsult unter Hadrian machte aber zu dieser Trajanischen Constitution den mildernden Zusatz, daß wenn ein Latinus auch durch den Kaiser invito patrono civis Romanus geworden sey, späterhin aber sich des Rechts bedient habe, das ihm ohnehin aus der lex Aelia Sentia oder dem Senatusconsult zusteht, er so angesehen werden solle, als habe er durch die lex oder den Senatsschluß die Civität erlangt [2]).

Die Erbfolge in die bona dedititiorum nimmt bald den Charakter des Erbrechts der libertorum civium Romanorum, bald den der libertorum Latinorum an, je nachdem die dedititii, haftete kein Makel an ihnen, manumittirt Latini oder cives geworden wären. Die testamentifactio aber, die ihnen die lex Aelia Sentia nicht nimmt, entzieht ihnen die Interpretation der Praxis [3]).

Da es nach Justinians Constitution [4]) weder Latini, noch dedititii giebt, so kann auch von ihrem Vermögen nach dem Tode nicht mehr die Rede seyn.

2) Comm. III. §. 72. 73. §. ult. J. de succ. lib. (III. 8.)

3) Comm. III. §. 74—77.

4) l. un C. de lat. lib. toll.

Dritter Abschnitt.

Von der Antretung und dem Verkauf der Erbschaft.

Erwerb der Erbschaft.

Eine hereditas kann theils durch Antretung erworben werden, theils ipso jure; ipso jure erwirbt die Erbschaft, der heres necessarius d. h. der Sklave welcher cum libertate eingesetzt worden, und Erbe ist, er mag wollen oder nicht. Die in zerrütteten Umständen waren, und sich, wie Gajus [1]) sagt, der Infamie, welche aus der venditio bonorum folgt, entziehen mochten, wählten den Ausweg ihren Sklaven zum Erben zu ernennen, wodurch nun des Sklaven Vermögen von den Creditoren verkauft wurde. Zugleich erzählt er dem Fufidius eine Meinung des Sabinus nach, daß der Sklave mit der Infamie zu verschonen wäre, weil er nicht durch eigene Schuld, sondern durch Rechtsnothwendigkeit eine venditio bonorum erleide, bemerkt aber dabei, daß diese Meinung nie practisch geworden [2]). Der Sklave hatte übrigens das vor jedem anderen, der im Concurse war, voraus, daß was er sowohl vor als nach der venditio bonorum erwarb, ihm blieb, wenn es nicht ex hereditaria causa erworben war [3]).

1) Comm. II. §. 154. l. 3. Cod. Theod. de inoff. test. (II. 19.) Epit. II. 3. §. 6. §. 1. J. de her. qual. (II. 19.)

2) Comm. II. §. 154.

3) Comm. II. §. 155. §. 1. J. eod. (II. 19.)

Ferner erwirbt ipso jure die Erbschaft der suus et necessarius heres, der deswegen necessarius heißt, weil auch er nach Civilrecht, er mag wollen oder nicht, die Erbschaft erwirbt [4]). Der Prätor gewährt jedoch diesem ein jus abstinendi [5]), das auch sogar, wie wir aus Gajus [6]) erfahren, der hat, welcher in causa mancipii befindlich, instituirt ist, und als Sklave eigentlich die Erbschaft nicht ausschlagen kann.

Extranei heredes können nur durch Antretung erwerben. Diese Antretung kann nach altem Recht eine dreifache seyn, durch cretio, pro herede gestio und nuda voluntas. Cretio, oder ein in vorgeschriebenen Worten [7]) vom Erben mitzutheilender Entschluß, daß er antreten wolle, muß, um nothwendig zu seyn, im Testament gefordert werden: bei der Intestaterbfolge findet sie überhaupt gar nicht statt [8]). Ist aber jemand cum cretione eingesetzt, so kann er nur dadurch Erbe werden, und durch keine andere Antretungsart, hat jedoch bis zum letzten Augenblick der Cretionszeit das Recht zu cerniren, sollte er auch in der Zwischenzeit anderer Meinung gewesen seyn [9]), die Zeit der cretio kann vom Testator nach Civil-

4) Comm. II. §. 156. 157.

5) Comm. II. §. 158. — Ulp. XXII. §. 24. §. 2. J. l. l.

6) Comm. II. §. 159.

7) Comm. II. §. 164. 165. 166. Ulp. XXII. §. 27.

8) Comm. II. §. 167.

9) Comm. II. §. 168. — Ulp. XXII. §. 30.

recht, wie Gajus [1]) meldet, willkührlich bestimmt werden, der Prätor aber duldet keine längere Zeit, als 100 Tage. Es giebt eine cretio vulgaris, und certorum dierum [2]), oder continua [3]). Die cretio vulgaris findet statt, wenn im Testament gesagt ist: „cernitoque in centum diebus proxumis, *quibus scies poterisque:*" dann werden dem Erben nur die Tage angerechnet, an denen er wußte, daß er Erbe sey, und cerniren konnte, sind aber die Worte quibus scies poterisque weggelassen, so wird ihm jeder Tag angerechnet, selbst wenn er sub conditione eingesetzt ist [4]), diese letztere cretio heißt certorum dierum oder continua. Gajus [5]) fügt hinzu, es sey besser, auch üblicher sich der vulgaris zu bedienen, woher auch der Name. Wie schon oben S. 289 gesagt worden, hilft, wenn eine imperfecta cretio verordnet ist, d. h. eine cretio sine exheredatione, die bloße pro herede gestio seit Marcus Aurelius zur Ausschließung des Substituten. Gajus spricht übrigens weder von Zeugen, die bei der cretio nothwendig wären [6]), noch von einer saltatio fori.

Die Intestaterben aber, oder die testamentarischen, von denen keine cretio gefordert ist, können sowohl pro herede gerendo, als auch durch nuda voluntas antreten, und nach Civilrecht kann der Erbe mit

1) Comm. II. §. 170.
2) Comm. II. §. 171. 172.
3) Comm. II. §. 173. — Ulp. XXII. §. 31.
4) Comm. II. §. 171. — Ulp. l. l.
5) Comm. II. §. 172. 173.
6) Cicero ad Attieum XIII. 47.

seiner Entschließung so lange anstehen wie er will; doch der Prätor pflegt eine Zeit vorzuschreiben, nach welcher die Creditoren zum Verkauf schreiten können [7]). Hat sich aber der Erbe einmal durch gestio in die Erbschaftssache gemischt, so kann er weder vom beneficium abstinendi, wenn er suus ist, noch von der potestas deliberandi weiter Gebrauch machen, er müßte denn als Minderjähriger restitutio in integrum erhalten [8]). Gajus und die Institutionen berichten indessen, daß Hadrian einmal auch einen Großjährigen in integrum restituirt hätte, weil die Schuldenmasse zur Zeit der Antretung nicht bekannt gewesen sey [9]); Gordianus setzte Soldaten den Minderjährigen gleich [1]). Justinian endlich, indem er das beneficium inventarii einführt, läßt jedem die Wahl, ob er nach bisherigem Recht deliberiren und antreten, oder ob er gleich antreten, und durch Anfertigung eines Inventariums nur die Vortheile der Erbschaft genießen wolle [2]). Im neueren Recht, wo *cretio* völlig verschwunden ist, bleiben nuda voluntas und pro herede gestio die einzigen Antretungsarten. Wer einmal erklärt hat, nicht antreten zu wollen, dem steht Reue nicht zu [3]). Von der Regel, daß vor der Antretung der Erbe auf seine Erben

7) Comm. II. §. 167. §. 7. J. eodem.

8) Comm. II. §. 163. §. 5. J. eodem.

9) Comm. l. l. §. 6. J. l. l.

1) §. 6. J. l. l.

2) l. 22. Cod. de jure delib. (6. 30.)

3) Comm. II. § 169. Ulp. XXII. §. 29. §. 7. J. eod.

Erben die Erbschaft nicht transmittiren könne, giebt es einige Ausnahmen, namentlich durch die Constitutionen der Kaiser Theodosius und Justinian. Nach dem ersteren sollen die vom Ascendenten eingesetzten Descendenten ihren Kindern vor der Antretung transmittiren können, nach dem letzteren jeder Erbe seinen Erben, wenn er innerhalb des tempus deliberandi stirbt, und nicht ausgeschlagen hat [4]).

Verschieden von der aditio hereditatis ist auch noch im neueren Recht die agnitio der bonorum possessio. Seit Constantius [5]) kann sie zwar vor jedem magistratus statt finden, ihr Charakteristisches ist aber immer noch, daß sie gefordert werden muß, und zwar von den Eltern und Kindern binnen einem Jahr, von andern binnen hundert Tagen [6]). Sie hat keine bestimmten Formeln mehr, und rückt zur folgenden Klasse weiter, wenn keiner aus der vorhergehenden sich ihrer bediente.

Bekanntlich stehen dem Erben als solchem nach der Antretung, zwei Hauptrechtsmittel zu, die hereditatis petitio, und das judicium familiae erciscundae: der bonorum possessor hatte, weil er nur heredis loco war [7]), keines dieser Rechtsmittel, dafür aber ein eigenes Interdictum adipiscendae pos-

4) l. C. de jure delib. (6. 30.) l. un C. de his qui ante (6. 52).

5) l. ult. C. qui adm. ad b. p. (6. 9.)

6) Ulp. XXVII. §. 10. §. J. de b. p. (III. 10.)

7) Comm. III. §. 32. Ulp. XXVIII. §. 12. §. 2. J. de b. p. (III. 10.)

sessionis, das quorum bonorum. Gajus [8]) sagt, daß der Vortheil, den der Civilerbe durch agnitio bonorum possessionis habe, bloß darin bestehe, daß er sich auch dieses Interdicts bedienen könne. Also auch, nachdem späterhin dem bonorum possessor eine hered. petitio possessoria, und fictitiae actiones überhaupt gegeben werden [9]), ist das Interdictum quorum bonorum noch von großer Bedeutung. Von den einzelnen missiones in bona, namentlich von der ventris nomine, und ex Carboniano edicto, kann hier nicht weiter gesprochen werden. Die Collation ursprünglich vom Prätor bei der b. p. c. t. und unde liberi eingeführt, damit emancipirte Kinder nicht vor suis begünstigt seyen, überschreitet nach neuerem Recht die Gränzen der bonorum possessio, und findet auch bei der hereditas zwischen Descendenten allgemein statt. Die dotis collatio [1]) scheint den ersten Uebergang begründet zu haben.

Verkauf einer Erbschaft.

Aus Ulpian [2]) war es bekannt, daß wenn ein Intestaterbe vor der Antretung die Erbschaft in jure cedirte, der, welchem cedirt wurde, vollkommen in die Stelle des früheren Erben, gleichsam als sey er selbst Intestaterbe, eintrat. Der Testamentserbe konnte dies überhaupt nicht, und der Intestaterbe nicht mehr

8) Comm. II. §. 34.
9) Comm. IV. §. 34. — Ulp. XXVIII. §. 12.
1) l. 1. p. h. t. (37. 7.). Löhr Magazin. S. 337.
2) Ulp. XIX. §. 111.

nach der Antretung bewirken. Wurde von diesen in jure cedirt, so ging bloß das Eigenthum der körperlichen Sachen über; der Erbe konnte nach wie vor belangt werden, alle Obligationen aber gingen verloren. Gajus wiederholt nun diese Notiz sonderbar genug an zwei [3]) Orten, indem er zugleich eine Streitfrage der Proculejaner und Sabinianer referirt. Erstere stellten den suus et necessarius heres [4]), wie auch ganz consequent, immer dem Testamentserben und dem Intestaterben nach der Antretung gleich: letztere aber meinten, der suus et necessarius könne überhaupt nicht mit irgend einer Wirkung in jure cediren, also nicht einmal was jeder andere Intestat- oder Testamentserbe. Im neueren Recht schwindet natürlich beim Verkauf der Erbschaft die Form der in jure cessio. Der Verkauf vor und nach der Antretung hat gleiche Wirkung [5]); körperliche Sachen müssen tradirt werden: die Obligationen aber gehen nicht unter, weil sie durch eine mandatio actionum auf den Käufer übergehen, späterhin durch ihm ertheilte actiones utiles [6]), an deren Stelle denn im neuesten Recht die jetzt übliche Cession tritt. Gegenseitige Stipulationen, deren oben Erwähnung gethan

3) Comm. II. §. 34—38. III. §. 85—88.

4) Comm. II. §. 37. spricht er vom necessarius heres, III. §. 87. nur vom suus et necessarius.

5) l. 5. D. de hered. v. act. vend. (18. 6.)

6) Mühlenbruch Cession. S. 115. u. fg.

worden, fanden nach wie vor ſtatt, weil der Verkäufer immer Erbe blieb.

Vierter Abſchnitt.

Von der Caducität.

Es kann nicht die Abſicht ſeyn, in dieſem Abſchnitte die Lehre von der Caducität und den bonis vacantibus allgemein zu behandeln. Nur das, was Gajus und das Fragmentum de jure fisci uns in dieſer Lehre Neues bringen, ſoll berührt werden. Daher zuvörderſt eine Zuſammenſtellung aller Stellen.

Comm. II. §. 206—209.

Quod autem diximus, deficientis portionem (*in*) per damnationem quidem legato, in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario accrescere, admonendi sumus ante legem Papiam jure civili ita fuisse: post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent. §. 207. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium: tamen ipsa lege Papia significatur ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt. §. 208. Set plerisque placuit, quan-

tum ad hoc jus, quod lege Papia conjunctis constituitur, nihil interesse utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

Comm. II. §. 286.

Caelibes quoque qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque, capere posse prohibiti sunt, eaque translata sunt ad eos, qui testamento liberos habent aut si nullos liberos habebunt ad populum, sicuti juris est in legatis et in hereditatibus,

Comm. II. §. 111.

Caelibes quoque, qui lege Julia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex etc.

Comm. II. §. 144.

Aut propter caelibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate.

Comm. II. §. 150.

lege bona caduca fiunt, et ad populum deferri jubentur, si defuncto nemo *successor extiterit.*

Fragmentum vet. Jurec. de jure fisci §. 3.

Jus patrum non minuitur, si se is deferat, qui solidum id, quod relictum est capere non potest, sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.

Das Wichtigste, was wir nun aus diesen Stellen des Gajus und des Fragmentum de jure fisci erfahren, ist, daß das caducum nach der lex Papia nicht sofort an das aerarium fiel, sondern zuerst an die im Testament eingesetzten Erben, welche Kinder hatten; waren solche aber nicht vorhanden, an die nicht kinderlosen Legatare; erst in Ermangelung aller dieser trat das aerarium ein. Der nicht kinderlose collegatarius conjunctus soll aber auch nach der lex Papia rücksichtlich des caduc gewordenen Antheils seines Collegatars den Vorzug vor den Erben haben, denen Kinder nicht fehlen. Der Ausdruck patres nun im fragm. de jure fisci, den Savigny [1]) fälschlich auf die Senatoren, als Vorsteher des aerarium bezogen hatte, geht also auf die wirklichen Väter, wie auch Hugo [2]) und Heise [3]) schon früher sehr richtig bemerkt haben. Daß Mütter durch dieses Wort ausgeschlossen seyn sollen, ist wohl wegen der allgemeinen Fassung der Stellen des Gajus nicht denkbar.

Eine Spur dieser Notiz aus Gajus ist nun

1) Zeitschrift f. g. R. 3. Bd. S. 162.

2) Ebendaselbst. S. 294.

3) Ebendaselbst. S. 298.

wohl schon früher da gewesen. Ulpian sagt Tit. XXV. §. 17. „si quis in fraudem, tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit nec *caducum* vindicare ex eo testamento, *si liberos habeat.*" Der, welcher einem Unfähigen in fraudem legis ein Fideicommiß restituirt, soll zur Strafe das caducum nicht gewinnen, wenn er auch Kinder hat. Dies mit dem dulce caducum des Juvenal [4]) in Uebereinstimmung gebracht, bewog die älteren Juristen, unter andern Heineccius [5]), das Ganze auf das antiquum jus in caducis zu beziehen. Bekanntlich ließ nämlich die lex Papia, die das Accrescenzrecht im Ganzen aufhebt, dasselbe noch bei im Testamente eingesetzten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grad stehen [6]). Obgleich nun Ulpian, wo er ex professo von dem antiquum jus spricht, nur diese beiden Fälle nennt, so glaubte man dennoch den anderen, von dem eben hier gesprochen worden, hinzufügen zu müssen, so daß man nun auch drittens ein stehen gebliebenes Accrescenzrecht bei Erben annahm, die Kinder hatten [7]). Gajus erweist nun die Falschheit dieser

4) Sat. IX. v. 87.

5) Ad leg. Jul. et Pap. Popp. in oper. Tomus VII. p. 385, et seqq.

6) Ulp. Tit. VIII. Der Titel fängt mit item an, also ist wahrscheinlich noch ein anderes jus antiquum in caducis gewesen.

7) Savigny in der Zeitschrift f. g. R. 3. Bd. S. 307. erklärt sich schon mit Recht

Annahme. Die lex Papia selbst ließ das caduc gewordene zuerst an die Erben, die Kinder hatten kommen, und zwar nicht kraft des jus antiquum, kraft des Accrescenzrechts, sondern nachdem es schon caduc geworden, kraft einer speziellen Bestimmung. Diese letzteren Artikel der lex Papia nun hebt Caracalla auf. Er läßt das caduc gewordene gleich dem Fiscus zukommen, indem er indessen das jus antiquum stehen läßt. Nun erst also ist Ulpian Tit. XVII. §. 2. verständlich. „Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco „vindicantur, sed servato jure antiquo in liberis „et parentibus." Da man außer dem jus antiquum nichts anderes dem Fiscus im Wege stehendes kannte, so kam man auf den Gedanken, seit Caracalla seyen die caduca, statt wie bisher dem aerarium, dem Fiscus zugeflossen; diese Ansicht hatte noch nicht lange vor dem Erscheinen des Gajus, Savigny[8]). Nun wird durch Gajus diese ganze Stelle klar. Das ist aber sehr richtig, was Savigny[9]) bemerkt hat, daß es erwiesen sey, es müsse die Schrift de jure fisci älter seyn, als die Fragmente Ulpians. Hundert Tage können nach dem Fragm. de jure fisci die patres das caducum vindiciren, sonst fällt

dagegen, daß im §. 3. des Fragments de jure fisci das antiquum jus in caducis gemeint sey.

8) Zeitschrift f. g. R. a. a. O. S. 162.

9) Ebendaselbst. S. 162.

es dennoch dem Fiscus zu. Daß Justinian die Caducität im Allgemeinen aufgehoben, ist bekannt.

Wenn nicht Ulpian [1]) bloß vom Testament spräche, und Analogie dafür wäre, daß bei der Intestaterbfolge keine Caducität statt findet, so möchte eine entgegensetzte Ansicht vielleicht sich aus den allgemeinen Ausdrücken unseres Gajus entnehmen lassen.

1) Tit. XVII. §. 1.

Siebente Scholie.

Von den successiones per universitatem außer der Erbschaft.

Gaji Comm. III. §. 77—88.

Gajus kennt außer dem Erbrecht noch drei andere successiones per universitatem, die bonorum emtio, die Arrogation, oder in manum conventio, und den Verkauf der Erbschaft. Was zuerst die bonorum emtio betrifft, so erhalten wir durch Gajus einige Aufklärungen, die um so wichtiger sind, als sie dem im Allgemeinen nicht gar unverdächtigen Zeugniß des Theophilus hier einiges Gewicht geben. Die zwölf Tafeln kannten nur das persönliche Haften des Schuldners für seine Schuld: sein Vermögen war dem Gläubiger nicht verfallen. Diesen Satz und die Absicht die zum Grunde lag, hat, wie mich dünkt, Niebuhr [1]) so siegreich durchgeführt, daß wohl schwerlich ein Unbefangener in dem partes

1) Römische Geschichte. 2. Bd. S. 311 u. fg.

secanto eine Concursform finden möchte [2]), was nicht allein dem Zeugniß des Gellius [3]), sondern auch dem Geist des Zwölftafelgesetzes widerspricht. Die zwölf Tafeln gaben nach einem Judicat dem Schuldner noch 30 Tage zur Herbeischaffung der Schuld. Geschah dies nicht, so wurde er dem Gläubiger auf 60 Tage zugesprochen, und mußte mit mindestens 25 Pfund schweren Ketten gefesselt werden. Drei Nundinen hindurch wurde er vor den Consul geführt, damit er sich befreie oder ein Anderer es thue. Erfolgte nichts, so hatte der Gläubiger die Wahl ihn zu tödten, oder außerhalb Rom (trans Tiberim) zu verkaufen. Mehrere Gläubiger konnten den Schuldner, nach dem Uncialverhältniß ihrer Schuld zerhauen [4]).

Daß das in diesem Punkte so grausame Zwölftafelgesetz niemals in dieser Strenge ausgeführt worden, erzählt uns Gellius. Durch das prätorische Edict kam aber, wie schon aus mehreren Stellen des Cicero [5]) hervorgeht, endlich das auf, daß die Creditoren sich auch an dem Vermögen des Schuldners sollten halten können, und zwar durch eine bonorum venditio. Die persönliche Haft fiel darum nicht weg, denn noch spät giebt es addicti, trat aber wohl erst ein, wenn aus der bonorum venditio die Creditoren nicht be-

2) Hugo Rechtsgeschichte. S. 245.

3) Noctes atticae lib. XX. cap. 1.

4) Gellius l. c.

5) pro Quinctio cap. 8. cap. 19.

friedigt waren. Nur die cessio bonorum, durch eine lex Julia eingeführt [6]), befreit wie es scheint vom Addiciren des Schuldners.

Gajus sagt emtio bonorum habe sowohl an dem Vermögen Lebender als Todter statt gefunden. Zu den Lebenden wird der gerechnet, der fraudationis causa verborgen ist, oder abwesend nicht vertheidigt wird, der ex lege Julia bona cedirte, und endlich der 30 Tage nach dem rechtskräftigen Urtheilspruch seine Gläubiger nicht bezahlte; die bona mortuorum sollen dann verkauft werden, wenn jemand weder heres noch bonorum possessor, noch irgend einen anderen Successor hinterläßt [7]). Cicero [8]) hat von den Fällen, die Gajus mittheilt, die cessio bonorum nicht, weil diese erst durch eine lex Julia eingeführt ist; daß er aber auch den Fall des säumigen Schuldners nicht aufführt, ist auffallend. Es läßt sich nicht dadurch erklären, daß man annimmt, dieser Fall habe für den speziellen Zweck des Cicero nicht gepaßt: aus der ganzen Stelle der Rede pro Quinctio geht hervor, daß Cicero alle mögliche Fälle erschöpfen will: auch leiden ja alle anderen angeführten Fälle keine Anwendung auf die Sache des Quinctius. Man ist daher genöthigt anzunehmen, es habe bei dem säumigen Schuldner noch zu Ciceros Zeit das Recht der durch Sitte gemilderten zwölf Tafeln, und nicht das der bonorum ven-

6) l. 4. C. qui bonis (VII. 71). 7) Comm. III. §. 77.

ditio gegolten: erst nachdem die lex Julia erlassen war, mag es vielleicht Sitte geworden seyn, die venditio bonorum auch auf den anzuwenden, der 30 Tage nach dem Urtheilsspruch nicht bezahlt: daß aus dem alten Recht auch der Termin von 30 Tagen post judicatum beibehalten ist, mag diese Ansicht unterstützen. Gajus fügt hinzu, daß einigen Verurtheilten dieser Termin auch durch das prätorische Edict ertheilt worden sey, wahrscheinlich weil die zwölf Tafeln nur den Schuldner aus einer mutua pecunia im Sinne hatten [9]). Gajus hat umgekehrt den Fall der bonorum venditio, welchen Cicero anführt: „Qui exsilii causa solum verterit," nicht, weil dieses Exil zu seinen Zeiten überhaupt nicht mehr existirte.

Zuvörderst läßt der Prätor die bona vivorum während 30, die mortuorum während 15 Tagen in Besitz nehmen und zum Verkauf ausbieten, dann wird einer der Gläubiger zum magister ernannt und ihm der Verkauf übertragen. Das Vermögen des Lebenden wird alsdann dem bonorum emtor binnen anderen 30, das Vermögen des Verstorbenen demselben binnen 20 Tagen zugesprochen. Diese Notiz, die uns Gajus [1]) mittheilt, kannten wir bis auf die genaue Bestimmung der Zeit und den Unterschied zwischen Todten und Lebenden aus Theophilus [2])

8) pro Quinctio cap. 19.

9) Hugo Rechtsgeschichte. S. 244.

1) Comm. III. §. 19.

2) ad. J. III. 12. pr.

und Cicero. Daß die Frist bei Lebenden länger ist, erklärt Gajus dadurch, weil man für die Ehre und das Vermögen der Lebenden mehr Fürsorge tragen müsse. Das Vermögen wurde, wie Theophilus [3]) versichert, also verkauft, daß von den Gläubigern bestimmte Procente ihrer Forderung gefordert wurden. Wer die meisten Procente bot, erhielt das Vermögen. Obgleich diese Notiz, die Theophilus hat, nicht aus Gajus geschöpft ist, so läßt sich wohl an ihrer Richtigkeit nicht zweifeln, indem Theophilus sonst in dieser Lehre doch durch Gajus bestätigt ist, und er füglich noch andere Quellen gehabt haben kann.

Nach Gajus [4]) und Theophilus [5]) hat der bonorum emptor wie der bonorum possessor, die Sachen, die er durch den Kauf erhält, nur in bonis, und da die bonorum emptio ein prätorisches Institut ist, so folgt dieses eigentlich von selbst. Diese Notiz widerspricht zwar anscheinend dem Varro [6]), der die bonorum emtio zu den Erwerbungsarten des quiritarischen Eigenthums rechnet; es hat aberauch allen Anschein, als wenn in gewissen Fällen bonorum emtio quiritarisches Eigenthum gegeben hätte. Gajus nämlich sagt in dem lückenhaften §. 80., nachdem er auseinandergesetzt, wie bon. emtio ein bloßes in bonis bewirke: „interdum qui-

3) ad J. III. 12. pr.
4) Comm. III. §. 80.
5) Paraphr. l. l.
6) de re. rustica lib. II. cap. 10.

dem bonorum emptoribus," und dies kann auf gewisse Fälle hindeuten, die auch Varro im Sinne hat. Bestätigung findet diese Ansicht wohl darin, daß auch an der Stelle, wo Gajus [7]) von den Klagen des bonorum emptor spricht, er auf ähnliche Weise erst meldet, daß sie fingirt seyen: „ficto herede agit," dann aber hinzusetzt: „set interdum et alio modo agere potest, nam ex persona ejus cujus bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam id est, ut quod illius esset, vel illi dari opporteret eo nomine adversarius huic condemnetur, quae species actionis appellatur Rutiliana." So wie der bonorum emptor also doppelte Klagen hat, fingirte prätorische, und direkte, wo er gleichsam im Namen der Person klagt, deren Vermögen er gekauft, so hat er vielleicht auch ein doppeltes Eigenthum: einmal bonitarisches, dann aber auch in so fern quiritarisches, als er gleich, wie Comm. IV. §. 35. sagt, eine Vindication im Namen des früheren Herrn anstellen könnte. Ganz neu ist übrigens aus Gajus, daß der Prätor Rutilius die bonorum emptio eingeführt hat. Alle Analogie spricht dafür, daß der bonorum emptor eines Verstorbenen, als vollkommener Universalsuccessor auch die sacra übernehmen müsse, und deshalb verdient die scharfsinnige Emendation Savignys [8]), in *Cicero* de legibus II. cap. 19., noch

7) Comm. IV. §. 35. 8) Zeitschrift für g. R.

immer allen Beifall, wenn man nicht überhaupt annehmen will, die Stelle habe diejenigen Creditoren darunter verstanden, die selbst als bonorum emptores das Vermögen an sich gebracht hätten. Im neueren Recht kommt bekanntlich keine bonorum emptio, sondern lediglich eine missio in bona vor [9]).

In der Lehre der successio des pater arrogans, oder des coemptionator giebt uns Gajus wenig Neues. Zu dem was von dem Vermögen durch capitis deminutio untergeht, könnte es scheinen als wenn er außer dem Ususfruct und der operarum obligatio auch das, was legitimo judicio erlangt wird [1]), hinzurechnete. Indessen ist dies unwahrscheinlich, weil die Institutionen, die doch das alte Recht berühren, nichts davon sagen. Vielleicht soll nur angedeutet werden, die operarum obligatio sey Gegenstand eines legitimum judicium. Zwischen den Schulden des Arrogirten durch eine ihm zugefallene Erbschaft, und den eigenen, unterscheidet Gajus so: die ersteren muß der Arrogirende übernehmen, weil ihm die Erbschaft directo jure erworben wird: für die anderen haftet er nicht, sondern sie gehen durch capitis deminutio unter. Dennoch restituirt aber der Prätor, als wäre keine capitis deminutio vor- gefallen,

2. Bd. S. 377, er liest statt de creditoribus ejus plurimum servet: creditoribus ejus plurimum servet.

9) Tit. J. de success. sublatis. (III. 13.)

1) Comm. III. §. 82. in fine.

gefallen, den Gläubiger in integrum, d. h. er giebt eine actio utilis (so möchte ich mit dem Herausgeber in Comm. III. §. 84. lesen da Comm. IV. §. 38. es evident macht) gegen die Frau und den Adrogirten, und werden sie dagegen nicht vertheidigt, so erfolgt bonorum venditio des früheren Vermögens des Adrogirten oder der Frau [2]).

Daß Gajus die Universalsuccession, die den Vorzug vor der bonorum venditio hat, die addictio bonorum libertatis causa nicht kennt, da sie doch Marcus Aurelius eingeführt, beweist unumstößlich mit vielem andern zusammengenommen, daß Gajus unter Antoninus Pius, oder wenigstens in den ersten Regierungsjahren des Kaisers Marcus, die Institutionen verfaßt haben müsse.

2) Comm. III. §. 84.

Achte Scholie.

Ueber Obligationenrecht.

Nachtrag zu meinem Buche: „Ueber Römisches Obligationenrecht ꝛc." Heidelberg 1819. 213. und XII. S. in 8.

Es ist meine Absicht in dieser Abhandlung einen Nachtrag zu demjenigen zu geben, was ich neulich in meiner Schrift über Römisches Obligationenrecht, Heidelberg 1819, aufzustellen versucht habe. Dieser Nachtrag wird sich nun darauf beschränken, kurz anzugeben, in wie fern die Grundsätze, welche in meiner lange vor Gajus erschienenen Schrift vertheidigt worden, durch diesen Classiker Bestätigung erhalten, oder einer Modificirung unterworfen werden müssen, und so schwer es auch scheinen mag, aus demselben Römischen Juristen Beweise für ein System herzunehmen, das dem seinigen als gerade entgegengesetzt angekündigt wurde, so wird der Erfolg zeigen, daß es nicht unmöglich ist.

Seite 5—7 wurde gesagt, daß wenn auch die Obligationen zu den unkörperlichen Sachen ge-

hören, sie dennoch im Rechtssystem nicht allein zu den Actionen zu stellen seyen, sondern mit denselben identisch wären; theils sind hierfür innere Gründe aus dem Wesen der obligatio, theils äußere Beweise gegeben worden. Es frägt sich nun in wie fern Gajus für oder gegen diese Ansicht ist. Daß aus der äußeren Form der Bücher des Gajus, wovon das zweite und dritte Sachen- und Obligationenrecht, das letztere aber den Prozeß behandelt, nichts auf die Streitfrage selbst geschlossen werden könne, wird wohl nicht bezweifelt werden. Es kommt ja wohl nicht darauf an, daß ein Römischer Jurist, unter allen vielleicht der, welcher am wenigsten scharf und systematisch war, bei Behandlung der Obligationen lieber ihre äußere Bedeutung als unkörperliche Sachen, als ihre innere, die actio, oder exceptio berücksichtigen wollte; deswegen wird der innere Charakter der obligatio im Römischen Recht ganz unverändert derselbe bleiben, und um mit unserem geistreichen Mühlenbruch [1]) zu reden, weder in seinem Grundwesen noch in den Folgerungen daraus, durch gesetzgebrische Willkühr geändert werden können; um so viel weniger aber durch die unzureichende, und allen anderen Römischen Juristen widerstreitende Anordnung unseres Gajus. Aber selbst Gajus kann uns zum Beweis für unsere Ansicht dienen. Nachdem er nämlich alle Arten von Sachen

1) Cession S. 12.

durchgenommen, und von ihren Erwerbungsarten gehandelt, kommt er auch auf die Obligationen, und sagt von diesen, daß sie mit allen anderen Sachen nichts gemein hätten, daß hier keine Uebertragung möglich sey, sondern daß hierzu ein Aufhören der alten, und Beginnen einer neuen Obligation nothwendig sey (novatio), das heißt aber mit anderen Worten, daß das Wesen der obligatio nicht in der Sache, sondern in dem Recht bestimmter Personen liege, positive oder negative Handlungen von anderen bestimmten zu verlangen.

Comm. II. §. 38.

Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt, nam, quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis. §. 39. Sine hac vere novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor, aut procurator meus, experiri.

§. 9—21. wurde die bisherige Eintheilung der Obligationen in die aus Contracten, Delicten und varias causarum figuras verworfen. An die Stelle wurde eine andere Eintheilung in stricti juris und bonae fidei actiones gesetzt; das Wesen der erste-

ren soll darin liegen, daß sie auf das dare eines certum gehen, das der anderen, daß das Interesse, das incertum, durch dieselben erlangt wird. Zugleich wurde aber darauf aufmerksam gemacht, wie die bonae fidei negotia im Gegensatz der stricti juris negotia höchst gegenseitig sind, während bei den actiones stricti juris nur von einem Obligiren des einen Theils, und von einem Obligirtseyn des anderen die Rede seyn kann. Zu den dort angeführten Beweisstellen kommen jetzt nun noch folgende bedeutendere des Gajus hinzu.

Comm. III. §. 137.

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.

Comm. IV. §. 61.

continetur *ut habita* ratione *ejus*, quod *invicem actorem ex* eadem causa *praestare* oporteret in *reliquum* eum, cum quo actum est, condemnare.

In Comm. IV. §. 48—53. handelte Gajus vom certum und incertum: leider sind aber diese Paragraphen äußerst lückenhaft auf uns gekommen. Als merkwürdige Parallelstellen zu dem was in meiner oben angeführten Schrift darüber gesagt ist, können aber folgende dienen.

Comm. IV. §. 53. in fine.

itaque, sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. §. 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere.

Nicht als wenn hier eine pluris petitio nicht erlaubt sey, sondern weil sie überhaupt gar nicht möglich ist, denn da die Klage nicht auf das dare eines certum geht, so fordert ja der Kläger überhaupt nur, daß der Richter bestimme, was zu leisten sey; doch schadet die pluris petitio bei allen Klagen, die auf ein dare oportere gehen, wie uns Gajus [2]) versichert, nur dann, wenn sie in der condemnatio sich befindet. Die minoris petitio schadet aber auch dem Kläger, wenn sie sich gleich nur in der condemnatio befindet [3]). Daß die intentio in der Formel für das incertum, dare facere oportere laute, die condemnatio aber quanti ea res est sagt Gajus in Comm. IV. §. 51 und §. 131.

Seite 21 und folgende wurde davon gesprochen, daß actio stricti juris und condictio gleichbedeutend ist, daß es nur eine actio stricti juris, eine condictio gebe, und daß dieselbe nur rücksichtlich ihres Grundes verschieden sey. Wenn es noch eines weiteren Beweises dieser Behauptung bedarf, so ist er

2) Comm. IV. §. 57. 3) Comm. IV. §. 57.

jetzt durch Gajus in der ganzen Geschichte der condictio gegeben. So wenig uns auch Gajus [4]) gerade in dieser Lehre erhalten ist, so sehen wir doch aus ihm, daß condictio eine legis actio war, die durch bestimmte Gesetze eingeführt worden, und die statt fand, wenn auf ein dare oportere geklagt wurde. Der Name condictio entstand daher, weil der Kläger dem Beklagten anzeigte (denuntiabat), daß er am dreißigsten Tage mit ihm vor dem judex erscheinen solle; diese Etymologie, war schon aus den Institutionen [5]) bekannt. Nicht so die Frist von 30 Tagen. Nachdem aber die legis actio und mit ihr die denuntiatio aufgehört, blieb nur noch das stehen, daß condictio die Klage auf ein dare oportere sey, und wenn Gajus sagt, sie heiße abusive also, so will er damit andeuten, daß der Name sich ursprünglich mehr auf das denuntiare als auf das dare oportere bezogen habe, indem für das dare oportere noch zwei andere legis actiones möglich gewesen wären, weswegen man auch nicht wußte, warum die condictio eigentlich eingeführt worden [6]). Nachdem aber die legis actiones aufgehört, und die Formeln eingeführt, reihte sich die der condictio durch keine Fiction an die legis actiones an, sondern die Klage auf ein dare oportere gehört zu denen, die, wie Gajus [7]) sagt, sua vi ac potestate valent.

4) Comm. IV. §. 18 et sqq.
5) §. 15. J. de act. (IV. 6.)
6) Comm. IV. §. 20.
7) Comm. IV. §. 10. 33.

Seite 30—33 ist von der Identität des legatum damnationis und der Stipulation die Rede, daß beide eine Klage auf ein dare oportere bewirkten, und daß demzufolge die actio ex testamento nichts als eine condictio sey. Diese Ansicht findet nun durch Gajus genaue Bestätigung, und zwar in folgenden Stellen:

Comm. II. §. 204.

Quod autem ita legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est: ideo legatarius in personam agere debet id est intendere heredem sibi dare oportere.

Comm. III. §. 98.

Item si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest (*vel*)uti si digito caelum tetigerit inutilis est stipulatio, sed legatum sub inpossibili condicione relictum nostri praeceptores proin*de valere* putant, ac si *ea condicio adjecta non* esset: diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem et sane *non* inidonea diversitatis ratio reddi potest.

Diese letzteren Worte zeigen wohl augenscheinlich, wie identisch den Römischen Juristen Legat und Stipulation erscheinen mußte, da sie in einzelnen Anwendungen darüber streiten, ob eine Verschiedenheit zu finden sey. Zugleich ersieht man aber aus

Gajus, daß der Ausdruck actio ex testamento ein Justinianeischer ist, und nicht älter als die Verschmelzung des vierfachen Legats [8]). Die Inconsequenz, die

8) Ich kann nicht umhin, hier öffentlich dafür zu danken, daß die in meinem Römischen Obligationenrecht S. 30 u. fg. aufgestellte, und nun durch Gajus bestätigte Ansicht, daß die actio ex testamento nichts als eine condictio sey, in einer schon oben angeführten Berliner Inauguraldissertation des Herrn Regenbrecht einen getreuen wörtlichen, ich will nicht sagen buchstäblichen, Anhänger gefunden hat; eine so gute Uebersetzung, wie Herr Regenbrecht aus dem Deutschen ins Lateinische sie versucht hat, ist mir lange Zeit nicht vorgekommen. Daß der Herr Uebersetzer den kleinen Nebenumstand zu bemerken vergessen, welches Original das Glück seiner Meisterübersetzung habe, ist gewiß um so verzeihlicher, als er vielleicht mit Recht geglaubt hat, wer von dem übrigen Theil der Dissertation auf das übersetzte Stück schließe, werde ipso jure, d. h. ohne Citat wissen, daß es übersetzt sey: und warum soll man sagen, was sich von selbst versteht? Wer aber, seit Fuß die Deutschen Dichter übersetzt, von solchen Späßen überhaupt ein Freund ist, der wird es auch von folgendem seyn:

Gans Römisches Obligationenrecht. S. 30 bis 32.

„Im älteren Römischen Recht gab es bekanntlich zwei Hauptarten der Legate, das legatum vindicationis und das legatum damnationis. Das legatum vindicationis brachte gar keine obligatio hervor, sondern gleich ein dominium.

Regenbrecht Commentatio ad l. 36. *D. de aqu. rer. dom. et l.* 18. *D. de reb. creditis.* S. 46—48.

Duo enim in usu erant summa legatorum genera: alterum, quod legatum per vindicationem dicitur nullam obligationem pariebat sed dominium rei legatae statim adita hereditate ad legatarium tran-

an Justinian (S. mein Obligationenrecht S. 33.) gerügt worden ist, daß er nur einen Fall annahm, wo condictio und vindicatio zusammentreffe, beim

Der Legatar konnte die Sachen vom Erben vindiciren, als seyen sie sein Eigenthum. Das legatum damnationis hingegen begründete eine obligatio stricti juris, das heißt, es war eine Form mehr, aus der eine Condiction entstehen konnte. Wie das legatum vindicationis ohne Tradition oder irgend eine andere Uebertragung (wie die Neueren erbaulich sagen per transitum legalem) ein dingliches Recht begründete, so entstand, ohne daß der Erbe oder der Legatar, also die Theile mitgewirkt hatten, aus dem legatum damnationis eine obligatio stricti juris zwischen ihnen, ganz der Stipulation ähnlich, mit der die Befugniß aus dem Testamente zu fordern, beständig deswegen auch in unseren Quellen zusammengestellt ist."

Hier folgen nun l. 46. de leg. I. (30.) l. 39. §. 1. eod., l. 50. de O. et A. (44. 7.) l. 23. de V. O. (45. 1.) l. 6. de in litem jurando (12. 3). l. 27. l. 92. de sol. (46. 3.)

siit, legatarius legatum vindicatione petebat: altero autem per damnationem relicto heres obstringebatur, quasi lege sibi dicta a testatore ad solvendum legatum et legatarius in personam agere debebat, heredem sibi dare oportere. Quae quidem obligatio licet ab herede et legatario non fuerit contracta quandam tamen similitudinem cum obligatione ex stipulatu habet cum utraque actio stricti juris sit. (Hier folgt die von mir angeführte Stelle Quinctilians.) Deinde tum actio ex testamento, tum actio ex stipulatu eodem judicio absolvebantur. Denique in neutra harum actionum in litem jurare solet. Atque omnino ita conjunguntur ut obligatio ex stipulatu omnium obligationem ex contractu, obligatio ex testamento reliquarum obligationum ad certam rem persequendam vice fungi videantur — —. Quae cum ita sint *crediderim* (Herr Regenbrecht glaubt) Julianum ne nomine quidem diversas

fur, indem dies nun auch beim Legat der Fall sey, wird jetzt leicht erklärt. Justinian schrieb aus Gajus (IV. §. 4.) die Ausnahme beim fur ab,

und Quinctilianus inst. or. lib. 4. cap. 2.

„Aus diesen Stellen geht nun die Analogie, so wie die praktisch gleiche Wirkuug des legatum damnationis und der Stipulation hervor, aber auch, daß die actio ex testamento nichts als eine condictio ist, kann man vollkommen darthun."

Hier folgen l. 80. de leg. I. (30.) §. 35. J. de action (4. 6.) l. 9. de reb. cred. (12. 1.) und l. 9. de cond. ob turp. caus. (12. 5.)

actiones existimasse, nam certa res in stipulatum deducta pariter atque certa res legata *condictione certi* peti poterat. Citirt sind: l. 27. D. de sol. l. 6. de in lit. jur. l. 50. de obl. et act. §. 35. J. de act. l. 92. de solut. l. 23. de v. o. l. 39. §. 1. l. 46. de leg. I. l. 9. pr. Dig. de reb. cred. Also alle von mir citirten und mühsam herausgesuchten Beweisstellen, ohne daß sich indessen Herr Regenbrecht die Mühe gegeben hätte eine einzige ex propriis hinzuzufügen, obgleich es deren eine Masse giebt.

Welches seltene Glück in einer solchen Dissertation übersetzt zu seyn, mit allen Fehlern und Mängeln (denn meine Beweisstelle aus Quinctilian, die auch abgeschrieben, ist nichtssagend) von einem gelehrigen Mann aufgefaßt u. verbreitet worden zu seyn! welches seltenere Glück sich nicht citirt zu finden! Wohlweislich ist der Gajus statt meiner angeführt, weil er allerdings meine Ansicht bestätigt, und mir diesen würdigen Stellvertreter gesetzt zu haben, dafür muß ich Herrn Regenbrecht abermals Dank wissen. Nur für künftige Uebersetzungsspäße möchte ich demselben, als einem Bewanderten in der Condictionenlehre den Rath geben, wohl zu überlegen, wem nach Römischem Recht eine gewisse condictio zusteht.

und dachte nicht daran, daß er durch Verschmelzung der Legate noch eine Ausnahme bewirkt hatte.

Seite 48 und folgende ist auseindergesetzt worden, daß wie es nur eine condictio gebe, diese aber in ihrem Grunde verschieden seyn könne, also es auch eine Eintheilung der condictio nach dem gebe was möglicherweise erlangt werden kann. So wurde die Eintheilung in condictio si certa pecunia petetur und triticiaria begründet, und zugleich erwiesen, daß die Eintheilung nicht zu addiren und in Verbindung zu bringen sey mit der Eintheilung nach dem möglicherweiser zu Erlangenden. Gajus verbreitet nun durch eine kleine anscheinend nichtssagende Stelle ein ungemein großes Licht über die Lehre von der condictio triticiaria. Der Grund nämlich, weswegen hier eine Eintheilung der condictio nach dem zu Erlangenden vorgefunden wird, liegt nicht, wie ich zu erweisen gesucht habe, in inneren Gründen, sondern weil zwei verschiedene leges die condictio einer certa pecunia, und einer andern certa res eingeführt haben.

Comm. IV. §. 19.

Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

Vielleicht fing die lex Calpurnia mit dem triticum, als der wichtigsten certa res an, doch ist es sonderbar, daß Gajus diesen Namen gar nicht er-

wähnt. Auf eine auffallende Weise ist jedoch nun der Obligationenrecht S. 37 u. fg. vertheidigte Satz gerechtfertigt, daß alle condictiones aus dem Haben ohne Grund eine zwiefache Natur hätten, ihrer Wirkung nach stricti juris seyen, ihrem Grunde nach aber juris gentium. Da die leges Silia und Calpurnia die condictio auf ein dare oportere überhaupt einführen, so sind die condictiones ex re von dieser Seite stricti juris, ihr Grund aber, weswegen auf ein dare oportere geklagt werden könne, das sine causa gehört dem jus gentium an.

Seite 58 und Seite 82 wurde davon gesprochen, daß jedes certum in den älteren Zeiten durch eine hinzugefügte aestimatio in einer pecunia certa seine Erledigung fand. Dies ist durch Pandekten-Fragmente erwiesen worden. Vollkommene Bestätigung erhält diese Ansicht nunmehr durch folgende Stelle des Gajus.

Comm. IV. §. 48.

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque etsi corpus aliquod petatur — — — — sicut olim fieri solebat aestimata re, pecunia eum condemnat.

Was die Lehre vom Interesse (incertum) betrifft, so schlägt hier eine merkwürdige Stelle des Gajus ein, die von einem doppelten Berechnen des Interesses spricht, aber leider lückenhaft ist.

Comm. IV. §. 51.

Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet, est enim una, cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione — — — — — infinita *est velut* si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus, vel ad exhibendum, nam illic ita est. *Quanti ea res erit, tantam pecuniam, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna.*

Entweder bestimmt der Kläger das Interesse, und der Richter ermäßigt es (jusjurandum in litem), oder der Richter bestimmt es selbst. Parallelstelle hierzu ist l. 68. de R. V. (6. 1.) Von dieser doppelten Art der Berechnung habe ich Obligationenrecht S. 94. gesprochen.

Seite 102—107 ist die Behauptung aufgestellt, und wie ich glaube vollkommen erwiesen worden, daß es nur einen Realcontract, das mutuum gebe, daß weder depositum noch commodatum, noch pignus, von irgend einem Römischen Juristen außer Gajus als Realcontract behandelt werde, und daß dies auch der inneren Natur dieser Contracte widerspreche. Eine merkwürdige Bestätigung findet diese Ansicht nun in unserem Gajus. Auch er hat nur einen Realcontract, das mutuum, wie schon früher der Westgothische Auszug [9]); depositum commoda-

9) S. mein Obligationenrecht. S. 2. — Comm. II. §. 90—92.

tum pignus wird vergeblich bei ihm gesucht. Nun könnte aber vielleicht gesagt werden, er wolle nur im mutuum ein einziges Beispiel der Realcontracte geben, und das velut deute darauf hin. Dies ist aber keineswegs anzunehmen, weil er bei allen anderen Arten der Contracte eine erschöpfende Darstellung liefert, und gar nicht abzusehen ist, warum er gerade bei den Realcontracten nur ein Beispiel hätte sollen geben wollen. Uebrigens bezieht sich das velut augenscheinlich im §. 90. auf die nachfolgende condictio indebiti: auch deutet velut nicht immer an, daß außer dem angeführten Beispiel noch ein anderes vorhanden sey. Hieraus aber, und weil unser Gajus [1]) auch die Eintheilung in varias causarum figuras nicht kennt, sondern ausdrücklich sagt, daß es nur eine Eintheilung der Obligationen in zwei Arten gebe, („nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur,") ziehe ich den wahrlich nicht zu kühnen Schluß, daß die Ehre der Erfindung der vier Realcontracte, und die der Eintheilung in Quasidelicte und Quasicontracte Justinian ganz allein gebührt, und daß l. 1 und 5. de O. et A (44. 7.) die einzigen Pandektenstellen, die dies auch behaupten, und die den libris aureis des Gajus zugeschrieben werden, auf einer gewiß nicht auffallenden Interpolation beruhen.

Seite 144 und folgende ist von den actiones

1) Comm. III. §. 88.

in factum gesprochen worden, daß es die Klage für einen Fall sey, der sich unter keinen besonderen Begriff habe bringen lassen, und daß es gerade der besondere Fall sey, der die Klage hervorgerufen habe. Für die Bildungsgeschichte der actiones in factum wird nun aber Gajus äußerst wichtig; er sagt: daß es überhaupt zwei Arten von formulae gegeben habe, in jus und in factum, daß sich die erste auf einen Rechtssatz gestützt, wie z. B. auf das Eigenthum, auf einen Contract, und daher eine intentio enthalten habe, die letztere aber nur das factum im Anfang genannt, und daher ohne intentio gewesen sey.

Comm. IV. §. 45.

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentionis *conceptio* est: sed initio formulae nomina*to* eo quod factum *est* adjici*untur* ea verba per quae judici damnandi absolvendive potestas datur.

Der Name actio in factum bezieht sich also nicht lediglich auf das materielle Bedürfniß, weil kein allgemeiner Rechtssatz auffindbar war, obgleich dies wohl die häufigste Veranlassung gewesen seyn mag, sondern wo auch eine formula in jus möglich war, wie beim depositum und commodatum wurde häufig eine in factum concepta ertheilt.

Comm. IV. §. 47.

Sed ex quibusdam causis Praetor et in jus et in factum

factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati.

Gajus theilt übrigens in §. 47. die beiden verschiedenen Formeln mit. Die vollkommenste Bestätigung dessen aber, was Obligationenrecht S. 169—213 über die fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten und der Bildungsgeschichte der actio praescriptis verbis gesagt worden ist, giebt jetzt wohl Gajus. Nicht allein, daß bei ihm so wenig von Innominatcontracten, als in den Institutionen die Rede ist, was nicht anders zu erwarten war, so ist auch dies äußerst merkwürdig, daß er der actio praescriptis verbis mit keinem Worte gedenkt. Gajus [2]) hält die permutatio, wie seine ganze Schule, noch, für identisch mit dem Kauf, und in denselben Fällen, wo die Institutionen eine actio praescriptis verbis ertheilen, läßt er es dahin gestellt seyn, ob eine locatio conductio vorhanden sey.

Comm. III. §. 143.

Qua de causa si fulloni polienda curandave sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea *tantum* daturus, quantum inter nos convenerit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur. §. 144. vel si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur.

2) Comm. III. §. 141.

§. 1. J. de locatione et conductione. (III. 25.) Qua de causa. si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, *sed eo nomine actio praescriptis verbis* datur. §. 2. Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam, sive fruendam quis dederit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus, veluti si, cum unum bovem quis haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies *invicem* boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati, neque conducti competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum: verum *praescriptis verbis* agendum est.

Aus der Vergleichung der Stelle des Gajus mit der Institutionenstelle geht nun wohl unwiderleglich hervor, daß die actio praescriptis verbis noch zu Gajus Zeit nicht allgemein, als aushelfende Klage der bonae fidei actiones angesehen wurde, daß Gajus vielmehr, wie seine ganze Schule, weit eher geneigt war, die bonae fidei actiones selbst auf Fälle auszudehnen, die in ihren Begriff nicht mehr

hineinpaßten. Man kann also wohl annehmen, daß alle Stellen der Pandekten, wo Gajus von der actio praescriptis verbis spricht, auf einer Interpolation beruhen. Gegen die Fabel von den Innominatcontracten, und gegen ihre sphinxartige Räthselnatur aber tritt eben dadurch Gajus als ein so kräftiger Zeuge auf, daß die in sich morsche Lehre wohl nun keiner Restauration entgegensehen dürfte.

Neunte Scholie.

Ueber Verbal-, Litteral- und Consensualcontracte.

Gaji Comm. III. §. 92—135.

In keiner Lehre ist Gajus im Allgemeinen belehrender als in der von dem Verbalcontracte. Doch bezieht sich das Neue, das wir aus ihm erfahren, nicht sowohl auf die Stipulation selbst, als vielmehr auf die bisher in ihrer Geschichte durchaus nicht gekannte Lehre von der fidejussio. Neu ist rücksichtlich der Form der Stipulation, daß der Formel dari spondes? spondeo nur Römische Bürger sich bedienen durften, und zwar allein in Lateinischer Sprache: jede andere Formel galt sowohl zwischen Peregrinen, als zwischen Römern, und zwar in beliebiger Sprache, vorausgesetzt, daß beide Partheien sie verstehen; denn daß die Griechische Sprache als zweite Hauptsprache des Reiches in Gajus und den Institutionen allein genannt ist, schließt wohl alle anderen nicht aus [1]). So giebt es denn eine Sti-

1) Comm. III. §. 93.

pulation des Civilrechts, und eine des jus gentium, ganz so, wie es eine Ehe und ein Eigenthum nach Civilrecht und nach jus gentium giebt, nur mit dem Unterschiede, daß zwischen dem civilrechtlichen Verbalcontract und dem des jus gentium durchaus keine praktische Verschiedenheit zu herrschen scheint. Eines Spaßes kann sich übrigens Gajus [2]) bei dieser Gelegenheit nicht enthalten. Er meint, in einem Falle sage man dennoch, könne ein Peregrine durch die Formel dari spondes? spondeo obligirt werden; nämlich ein fremder Fürst durch den Kaiser beim Friedensschluß, wo die Formel üblich ist: Pacem futuram spondes? Daß sich Gajus übrigens auf eine Erläuterung des Witzes einläßt, und mit aller Gravität fortfährt: „quod nimium subtiliter dictum est, quia si quid adversus pactionem fiat non ex stipulatu agitur sed jure belli res vindicatur, verderbt den ganzen Spaß.

Was die inutiles stipulationes betrifft, so ist Gajus hier lückenhaft, und wenig befriedigend. Alle Ausbeute, die wir davon tragen, beruht auf folgendem. So wie nach dem Tode und auf die Todeszeit hin keine Stipulation eingegangen werden kann, so auch auf den Augenblick nach und vor der capitis deminutio [3]). Das, was in den Institutionen [4]) als streitig angegeben ist, ob, wenn jemand sich und

2) Comm. III. §. 94.
3) Comm. III. §. 101.
4) §. 4. J. de inut. stip. (III. 20.)

einem dritten etwas versprechen lassen, die Stipulation die dem dritten nicht erworben ist, für den stipulator ganz oder nur zur Hälfte gelte, war, wie sich voraussehen ließ, eine Streitfrage der beiden Schulen [5]). Die Institutionen haben sich für die Proculejaner entschieden, die die Stipulation bloß auf die Hälfte gelten ließen.

Aber außer den beiden Hauptpersonen bei jeder Stipulation, der Person dessen der verspricht, und dessen der sich versprechen läßt, giebt es von beiden Seiten Nebenpersonen, die in Betracht gezogen werden müssen; von der Seite des stipulator, der adstipulator, von der Seite des Promittenten der sponsor und fidepromissor. Sowohl dem adstipulator aber als dem sponsor und fidepromissor liegen gleichmäßige Rechtsprinzipien zum Grunde, weswegen sie auch immer von Gajus als symmetrische Verzierungen der Stipulation von beiden Seiten zusammengestellt werden [6]). Zuerst soll hier von dem adstipulator, dann von dem sponsor und fidepromissor, und was damit zusammenhängt von der fidejussio, die Rede seyn.

Das Wort adstipulator kannten wir aus Festus [7])

5) Comm. III. §. 103.

6) Comm. III. §. 117. 126. „nam ut adstipulatoris ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis."

7) voce. Reus stipulando, „est idem qui adstipulator dicitur."

und Cicero [8]) zwar dem Schall, aber nicht dem Begriff nach. Dieser wird jetzt erst durch Gajus klar. Jeder stipulator kann einen anderen ziehen, der sich dasselbe versprechen läßt [9]), dem die condictio, wie dem eigentlichen stipulator zusteht [1]), dem auch gültig gezahlt werden kann [2]), und der durch Acceptilation, die ja der Solution gleichsteht, die Stipulation aufzuheben vermag [3]): kurz diese Nebenperson adstipulator genannt, hat praktisch alle Rechte des wirklichen stipulator. Der adstipulator ist übrigens nicht genöthigt sich derselben Stipulationsformel zu bedienen, die die Hauptperson gebrauchte; wenn diese dari spondes? spricht, so kann jener den Ausdruck: *idem fide tua promittis? idem fidejubes?* erwählen [4]). Aber darin tritt der Charakter als Nebenperson wieder im adstipulator, wie im sponsor und fidepromissor hervor, daß er sich wohl minder, aber nicht mehr als der stipulator versprechen lassen darf [5]), denn sonst würde ja in der adstipulatio ein residuum selbstständig vorhanden seyn, was mit der Natur des Accessorischen in Widerspruch steht; ein Mehr oder Minder besteht aber nicht

8) epist. ad Octavium: „cujus avus fuerit argentarius, adstipulator pater," oratio pro Quintio cap. 18. „cum adstipulatore tuo comparabuntur," in L. Pisonem cap. 9.: „sed advocato aut adstipulatore paratiorem fore putaret."

9) Comm. III. §. 110.

1) Comm. III. §. 111.

2) Comm. III. §. 111.

3) Comm. III. §. 215.

4) Comm. III. §. 112.

5) Comm. III. §. 113. 126.

in der Quantität und Qualität der Sache, sondern auch tempore, loco, causa [6]). Kein Sklav oder ein in mancipio befindlicher kann adstipulator seyn, obgleich er sonst durch Stipulation seinem Herrn erwirbt.

Comm. III. §. 114.

item servus adstipulando nihil agit *quamvis* ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirit, idem de eo, qui in mancipio est magis *praevaluit*, nam et is servi loco est.

Daß hier nicht bloß davon die Rede ist, daß der eigene Sklave des stipulator nicht adstipulator seyn könne, leuchtet wohl von selbst ein. Dies wäre nichts auffallendes, weil der servus adstipulator seinem Herrn, dem stipulator, wiederum erwerben würde, und nun der ganze Zweck des Instituts, das eine Nebenperson fordert, vernichtet wäre. Gajus stellt aber das Ganze als eine sonderbare Abweichung dar, indem er sagt: „quaedam singulari jure observantur." Dies mit dem allgemeinen Ausdruck servus zusammengenommen, läßt die Stelle durchaus nicht anders, als von jedem Sklaven überhaupt verstehen. Wäre vom eigenen Sklaven die Rede, so hätte Gajus wohl den Grund angegeben, und das *quamvis* ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirit wäre nicht an seiner Stelle. Da-

6) Comm. III. §. 113.

für aber, daß Sklaven überhaupt nicht Adstipulatoren seyn durften, lassen sich wohl einige Gründe auffinden. Zuvörderst möchte es wohl darin zu suchen seyn, daß in der Adstipulation kein eigentlicher Vortheil und Erwerb sondern vielmehr ein Nachtheil für den Herrn ist, weil ja alles was er erlangt, ihm durch ein mandati judicium wieder abgefordert werden kann [7]), dann aber darin, weil es aus Cicero [8]) wahrscheinlich wird, daß, wie es in Rom Advokaten gab, eben so eine eigene Klasse von Adstipulatoren vorhanden war, die für Bezahlung bei jeder Stipulation zugezogen wurden. Vielleicht durften nun Sklaven eben so wenig dieses Gewerbe aus staatsrechtlichen Gründen treiben, als sie z. B., Advokaten seyn konnten. Eben so wenig wie der Sklave seinem Herrn, erwirbt aber der filius oder die filia dem Vater durch Adstipulation, wohl aber im Gegensatz des Sklaven sich selbst: die Klage jedoch steht nur zu, wenn zur Zeit, wo sie angestellt wird, der Sohn oder die Tochter ohne capitis deminutio von der väterlichen Gewalt befreit waren [9]). Der Erbe des adstipulator hat keine Klage [1]); dies ist ganz consequent, denn da er nicht mit der actio mandati belangt werden kann, weil das Mandat mit dem

7) Comm. III. §. 111. 216. *argentarius adstipulator* pater.

8) in Pison. cap. 9. „sed *advocato* aut *adstipulatore*, ep. ad Oct. cujus avus fuerit

9) Comm. III. §. 114.

1) Comm. III. §. 114. IV. §. 113.

Tode erlischt, so würde der stipulator Gefahr laufen, daß der adstipulator die stipulirte Sache lucrire, indem er kein Rechtsmittel gegen ihn hätte.

Fragt man aber nun nach dem Zweck und der ganzen inneren Bedeutung des Instituts der Adstipulation, so giebt uns Gajus folgende Aufschlüsse. Bekanntlich galt im Römischen Recht bis vor Justinian der Grundsatz: actiones ab herede et contra heredes incipere non posse." Es konnte auf die Zeit nach dem Tode keine obligatio eingegangen werden, weil sonst ja der Testator keine Klage gehabt und diese erst vom Erben begonnen hätte. Dies ist aber der größte Beweis, wie sehr obligatio und actio bei den Römern identisch ist, denn die obligatio ohne die Möglichkeit zu klagen wird gar nicht als ein Vermögensrecht betrachtet, das der Testator seinem Erben hinterläßt; der Testator steht aber mit dem Erben in weiter keinem Verhältniß, als rücksichtlich der Rechte und Pflichten, die er auf ihn überträgt, die also schon an dem Vermögen des Testators haften müssen. Um also eine Stipulation auf die Zeit nach dem Tode einzugehen, wo die Klage vom Erben anfangen könne, erzählt Gajus, habe man einen adstipulator zugezogen, damit dieser nach dem Tode des stipulator klage, und was er erhalte vom Erben durch ein mandati judicium zurückgefordert werden könne.

Comm. III. §. 117.

Adstipulatorem vero fere tum solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, *quod* stipulando nihil agimus. Adhibetur autem *ad*stipulator, ut is post mortem nostram agat, qui si quid fuerit *con*secutus de *restituendo* eo mandati judicio heredi *te*netur.

Obgleich Gajus nun diesen Zweck als den einzigen für das ganze Institut der Adstipulation angiebt, so scheint es dennoch wahrscheinlich zu seyn, daß in den älteren Zeiten wohl noch andere Zwecke damit verbunden gewesen sind. Nachdem aber Justinian den Hauptsatz: actiones ab herede incipere non posse, inconsequent genug, aufgehoben hatte, mußte auch die ganze Lehre vom Adstipulator mit hinwegfallen.

Wir gehen nun von der Nebenperson des stipulator, dem adstipulator, zu den Nebenpersonen des Promittenten über, dem sponsor, fidepromissor und fidejussor. Erst jetzt können wir von einer Geschichte der fidejussio sprechen, da früher eine solche gar nicht vorhanden war. Gajus [2]) nämlich meldet, daß es drei verschiedene Arten von Personen gebe, die sich für den ursprünglichen Promittenten verbindlich machten, sponsores, fidepromissores und fidejussores; diese dreifache Eintheilung der Bürgen,

2) Comm. III. §. 115. „Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus.

war wie der adstipulator dem Namen, aber nicht dem Begriffe nach bekannt [3]). Der sponsor wird durch die nur Römischen Bürgern erlaubte Formel idem dari spondes verbindlich gemacht, der fidepromissor durch die andere idem fide promittis, der fidejussor endlich durch die weiteste idem fide tua jubes [4]), aber es scheint der fidejussor mit demselben Recht, selbst in älterer Zeit, auch durch andere beliebige Formeln, als: idem dabis? idem promittis? idem facies? verbindlich gemacht worden zu seyn [5]). Wie Civilrecht und jus gentium, so ist das Recht des sponsor und fidepromissor auf der einen Seite, als das bei weitem formellere, dem des fidejussor auf der anderen Seite als dem materielleren entgegenzustellen. So auseinander gehalten soll denn auch beides hier behandelt werden.

Sponsores und fidepromissores sind nur alsdann denkbar, wenn der Hauptvertrag, dem sie beitreten sollen, eine verborum obligatio ist [6]), gleichviel indessen ob die Hauptperson selbst sich verbindlich machte oder nicht. Obgleich ein Pupill also ohne auctoritas des Tutors sich nicht obligiren kann, noch ein anderer auf die Zeit nach dem Tode hin, so können dennoch sponsores und fidepromissores bei Gelegenheit solcher Stipulationen sich verbindlich

3) Pauli sent. rec. I. 9. §. 5. „Minor se in his, quae fidejussit, vel fidepromisit, vel spopondit, vel mandavit."

4) Comm. III. §. 116.

5) Comm. III. §. 116.

6) Comm. III. §. 119.

machen [7]). Streitig war es, ob auch sponsores und fidepromissores als Bürgen für die Stipulation eines Sklaven oder Peregrinen auftreten können [8]). Der Erbe der sponsores und fidepromissores haftet nicht [9]); ja nach einer lex Furia sind sie selbst schon nach zwei Jahren von ihrer Bürgschaft befreit, und auch während dieser Zeit kann jeder, so viel ihrer sind, nur auf einen Viriltheil belangt werden [1]), doch bezieht sich dieses nur auf die sponsores und fidepromissores in Italien, da sich die lex Furia nicht über die Provinzen erstreckt [2]). Schon vor der lex Furia indessen, als noch jeder von Mehreren in solidum haftete, hatte bereits eine lex Apuleja sowohl für Italien als für die Provinzen eine Quasisocietät zwischen mehreren sponsores und fidepromissores eingeführt, so daß jedem, der mehr als seinen Theil bezahlt hatte, gegen den Anderen eine Klage zustand [3]). Diese lex Apuleja ist zu Gajus Zeit nur noch in den Provinzen praktisch, während die lex Furia sie in Italien unnöthig machen muß-

7) Comm. III. §. 119.

8) Comm. III. §. 119,

9) Comm. III. §. 120. IV. §. 113. Der Erbe des peregrinus fidepromissor (denn einen peregrinus sponsor kann es ja nicht geben) haftet nur dann, wenn das Stadtrecht des Peregrinen abweichende particulaire Bestimmungen hat.

1) III. §. 121.—jetzt werden erst Basil. Tom. IV. p. 115 (XXVI. 1. 93.) verständlich, wenn dort gesagt ist: „si quis fidejusserit in usuras, non in biennium tantum etc."

2) Comm. III. §. 121.

3) Comm. III. §. 122.

te [4]). Nach einer anderen lex, deren Namen nicht lesbar ist, soll jeder, der sich durch sponsores und fidepromissores Bürgschaft leisten läßt, öffentlich erklären, wofür er sich bürgen läßt, und wie viel Bürgen er erhielt. Ist dieses binnen dreißig Tagen nach erfolgter Bürgschaft nicht geschehen, so können die sponsores und fidepromissores auf Aufhebung ihrer satisdatio antragen [5]).

Abweichend nun von der sponsio und fidepromissio ist also das Recht der fidejussio: der fidejussor ist nicht auf Stipulationen beschränkt, sondern er kann jeder obligatio, sey diese ein Real- Litteral- oder Consensualcontract, oder auch eine obligatio naturalis beitreten [6]), er kann sogar für einen Sklaven Bürgschaft leisten, gleichviel ob der Herr, oder ein extraneus, der stipulator ist [7]), er haftet nicht bloß auf zwei Jahre sondern immerfort, und zwar Mehrere in solidum; erst eine epistula des Kaisers Hadrian erlaubt den fidejussores zu fordern, daß sie pro parte belangt werden, doch nur dann steht ihnen dieses Recht zu, wenn die übrigen Bürgen solvent sind, und in diesem Punkt unterscheidet sich

4) Comm. III. §. 123. Die lex Furia de sponsu, gab sogar eine actio per manus injectionem gegen den, der vom sponsor (nicht fidepromissor) mehr als einen Viriltheil gefordert hatte. Comm. IV. §. 22.

5) Comm. III. §. 123.

6) Comm. III. §. 119. — §. 1. J. de fidejuss. (III. 21.)

3) Comm. III. §. 119. — §. 1. J. eodem (III. 21).

die Hadrianische Epistel von der lex Furia, welche ipso jure den sponsor und fidepromissor, ohne Rücksicht, ob die Mitbürgen zahlungsfähig sind, nur pro parte virili belangen läßt [8]). Die lex Apuleja, die nun neben der epistula divi Hadriani sehr wohl bestehen könnte, findet bei den fidejussores keine Anwendung, und wenn ein fidejussor das Ganze bezahlte, so ist dies sein Schaden; er hat keine actio pro socio gegen den Mitbürgen [9]). Uebrigens geht die Verbindlichkeit aus der fidejussio auf die Erben über [1]). Die unbekannte lex, die ein praedicere anbefiehlt, und einen Antrag auf Aufhebung der satisdatio erlaubt, wenn dagegen gefehlt ist, war den Gesetzesworten zufolge nur auf sponsores und fidepromissores beschränkt. Die Praxis hatte sie aber zu Gajus Zeiten auch auf fidejussores ausgedehnt [2]).

Vieles aber ist auch dem Recht der sponsores, fidepromissores und fidejussores, gemein. Eine lex Cornelia verbietet in einem Jahre für einen und denselben, bei einem und demselben, sich für mehr als für 20000 Sestertien zu verbürgen [3]). Obgleich nun Gajus im Anfang ausdrücklich sagt, das beneficium legis Corneliae habe sich auf alle Bürgen,

8) Comm. III. §. 121. „Qua lege fidejussorum mentio nulla fit. Sed in usu est, etiam si fidejussores accipiamus, praedicere."

9) Comm. III. §. 122.

1) Comm. III. §. 120. — §. 2. J. de fidej. (III. 21.)

2) Comm. III. §. 123. —

3) Comm. III. §. 124.

also auch auf fidejussores bezogen, („sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est,") so spricht er doch gegen Ende des Paragraphen nur von sponsores und fidepromissores, („et quamvis sponsor vel fidepromissor in ampliorem pecuniam velut si in sestertium C. milia." —) weiter ist nichts lesbar. Vielleicht verhält es sich damit so: sponsores und fidepromissores, wenn sie für mehr als 20000 Sestertien gebürgt hatten, waren überhaupt nicht obligirt, fidejussores aber, wenn sie durch größere Bürgschaft das Gesetz übertreten hatten, hafteten wenigstens für die erlaubte Summe, d. h. für 20000 Sestertien. Unter pecunia versteht die lex Cornelia jede res certa [4]). Ausnahmen läßt die lex Cornelia zu, wenn dotis nomine, wegen eines Legats, oder auf richterlichen Befehl Bürgschaft geleistet wird: alsdann ist sie ohne Beschränkung erlaubt. Auch auf alle satisdationes, die aus der lex vicesima hereditatium kommen, hat die lex Cornelia keinen Einfluß [5]). Noch ist das ein gemeinsamer Grundsatz für sponsores, fidepromissores und fidejussores, daß sie sich als Nebenpersonen wohl auf weniger, aber nicht auf mehr als der Hauptschuldner verbindlich machen können [6]), und daß jedem von ihnen die actio mandati gegen den Schuldner zusteht, wenn sie für ihn bezahlt haben [7]). Nur dem

sponsor

4) Comm. III. §. 124.
5) Comm. III. §. 125.
6) Comm. III. §. 126.
7) Comm. III. §. 127.

sponsor ist das eigenthümlich, daß er außer der Mandatsklage, noch eine eigene actio depensi aus der lex Publilia auf das Doppelte gegen den läugnenden Schuldner hat [8]). Die lex Publilia hatte ursprünglich eine legis actio per manus injectionem eingeführt, wenn sechs Monate nachdem der sponsor für den Schuldner bezahlt hatte, dieser es nicht wiedererstattete [9]); daraus war die actio depensi entstanden, die Gajus unter den bon. fid. actiones aufzählt [1]), und die wir bisher nur dem Namen nach aus Paulus [2]) kannten.

So viel von dem was wir über sponsores, fidepromissores und fidejussores aus Gajus erfahren. Außerdem trägt aber derselbe noch zur Beseitigung einer Controverse bei, die bisher unter den Juristen geherrscht hat, ob nämlich jeder correus debendi, indem er das Ganze bezahlt, eine Klage gegen seinen Mitschuldner habe, den er dadurch befreite, oder ob eine solche nur dem socius gegen den socius zustehe [3]). Die erste Ansicht stützt sich auf l. 2. C. de duob. reis (VIII. 40), die letztere auf l. 39. de fidej. (46. 1.), indem sie zugleich l. 2. C. 8. 40. auf den Fall einer Societät bezieht. Durch Ga-

8) Comm. III. §. 127. IV. §. 9.

9) Comm. IV. §. 22.

1) Comm. IV. §. 62.

2) Sent. rec. I. 19. §. 1. „Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut judicati, depensi." Ueber die satisdatio und das vadimonium bei der actio depensi s. Comm. IV. §. 102. §. 186.

3) *Vinnii* sel. qu. L. 1. cap. 6. Thibaut Pandecten §. 227.

jus wird diese letztere Ansicht, die Vinnius und Thibaut vertheidigt haben, nun auffallend und glänzend bestätigt. Gajus [4]) sagt nämlich, die lex Apuleja habe den sponsores und fidepromissores eine Klage gegen ihre Mitbürgen gleicher Art gestattet, wenn sie das Ganze bezahlt hatten, und bedient sich dabei der Worte: „lex Apuleja quandam societatem introduxit." Dies beweist, daß nur ein Societätsverhältniß ein Klagerecht eines correi debendi der das Ganze bezahlte, gegen den Anderen begründet; die lex Apuleja ist im Justinianeischen Recht ganz verschwunden, aber die Stelle des Gajus, die uns davon berichtet, bleibt das stärkste Argument für die Meinung von Vinnius und Thibaut.

Im Justinianeischen Recht ist von der dreifachen Bürgschaft durch Stipulation nur die fidejussio übrig geblieben. Auch von vielem was zu Gajus Zeiten bei dieser letzteren gegolten hatte, von der lex Cornelia, und der lex welche ein praedicere befohlen, ist bei Justinian keine Spur mehr. Wann alles dieses untergegangen, läßt sich nicht bestimmen, doch eine Meisterschaft im Verwischen und Ausstreichen ist nun im Titel de fidejussoribus wohl nicht minder sichtbar, als in den drei Büchern von den Legaten. Das mandatum (von den Juristen qualificatum genannt) wird schon von Paulus [5]) und

4) Comm. III. §. 122. 5) Sentent. rec. l. I. 9. 4.

Justinian [6]) mit der Bürgschaft zusammengestellt, und die Systematiker die um materielle Begriffe zu schaffen, alle Schranken des Formellen durchbrechen, bilden sich einen Generalbegriff der Intercession, der die constituta pecunia nicht minder wie das mandatum umfaßt.

Auch in der Geschichte des Litteralcontracts giebt Gajus mancherlei Aufschlüsse. Ueber die Form desselben herrschten bisher zwei Hauptmeinungen. Die einen ließen ihn nach Theophilus [7]) lediglich in einer Urkunde bestehen, die von feierlichen Worten begleitet gewesen wäre, die andern suchten ihn aber nur in den Hausbüchern (codices expensi et accepti), und nachdem die Hausbücher der einzelnen Bürger verschwunden [8]), in denen der gemeinsamen Cassirer aller Römischen Reichen, der Argentarien [9]). Gründe für diese Meinung, die zuletzt Savigny a. a. O. vertheidigt hat, sind die Stellen des Cicero in Verrem lib. I. cap. 36. u. 39. ad Atticum IV. 18. pro Roscio Comoedo cap. 5. de officiis lib. III. cap. 14. und Seneca de bene-

6) Tit. D. de fidejussoribus et mandatoribus.

7) ad pr. J. de lit. oblig.

8) Asconius Pedianus ad Orat. in Verrem I. c. 23.

9) l. 9. de pactis (2. 14). Savigny in Abhandl. der hist. phil. Klasse der Königl. Preuß. Akadem. der Wissenschaften. Jahrgang 1816, 17. S. 292. 298. Almendingen in Grollmann Magazin Bd. II. Heft 2. Unterholzner in Zeitschr. f. g. R. Bd. 1. S. 248. u. fg. Erb Heidelberger Jahrbüch. Jahrgang 1816. S. 97. u. fg.

ficiis L. 3. cap. 15. In diesen Stellen wird das nomina facere, mit literarum obligatio gleichbedeutend, als ein expensum ferre in die Hausbücher dargestellt; daß aber nun außer dem Eintragen in die Hausbücher keine andere Form des Litteralcontracts z. B. eine Urkunde existirt habe, das wird daraus erwiesen, daß Cicero in der Rede pro Roscio Comoedo keine solche nennt, daß Asconius zwar von einem formellen Contract, den syngraphis, spricht, daß aber dieses angeblich Griechische Institut unmöglich mit dem Römischen Litteralcontract identisch seyn könne (??), daß, wenn der Litteralcontract in einer Urkunde bestanden habe, sein Verschwinden unerklärlich wäre, da bei steigender Cultur gerade ein vermehrter Gebrauch der Schrift nothwendig wird. Dies mache wahrscheinlich, Theophilus habe etwas erklären wollen, wovon er selbst keine Anschauung gehabt hätte; er habe die Griechische syngrapha zu einem Römischen Litteralcontract gestempelt, und sey daher mit seinem Zeugniß abzuweisen [1]). So lagen nun die Akten, als folgendes im Gajus zu lesen war.

Comm. III. §. 128.

Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis, fit *autem* nomen transcripticium duplici modo vel a re in personam, vel a per-

1) Savigny a. a. O. S. 295—299.

sona in personam — — — §. 131. Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur, in his enim r*erum* non litterarum obligatio consistit quippe non aliter val*ent*, quam si numerata sit pecunia, numeratio autem p*ecuniae* *jure naturali* facit obligationem, qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere — §. 132. Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine sed *nu*meratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis juris gentium est. §. 133. Tr*a*nscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari, si vero a persona in personam non obligari. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Savigny nun, der, wie oben gemeldet, nur die Hausbücher allein als Form des Litteralcontracts betrachtet, und die syngrapha für keinen Römischen Litteralcontract ansieht, findet eine unmit-

telbare Bestätigung [2]) in der eben mitgetheilten Stelle des Gajus, welcher nicht einen, sondern zwei Litteralcontracte kennt, den einen transcripticiis nominibus, der nur theilweise Peregrinen verpflichtet, und den anderen chirographis und syngraphis, dessen sich Peregrinen immer bedienen (denn weiter soll wohl mit dem: „quod genus obligationis proprium est peregrinorum," nichts gesagt seyn). Mit eben demselben Recht könnte jemand, der etwa behauptet hätte, es gebe nur ein Eigenthum, eine Bestätigung in der Stelle des Gajus finden wollen, worin gesagt wird, es existirten zwei Eigenthumsarten, und zwar deswegen, weil gleich hinzugefügt wird, das bonitarische sey den Peregrinen eigenthümlich und aus dem jus gentium. Mir scheint es weit einfacher und natürlicher, wenn man jetzt, nachdem die Stelle unseres Gajus lesbar geworden, ohne weitere Rücksicht annimmt, was uns dieser Klassiker lehrt, und demzufolge behauptet, es gebe zwei Litteralcontracte, wie es zwei Eigenthumsarten, und zweierlei Formeln für die Stipulation giebt. Unter den transcripticiis nominibus ist freilich wohl nichts anderes, als die Eintragung in die Hausbücher, oder in die Bücher der Argentarien zu verstehen, nicht etwa weil Gajus codices ausdrücklich nennt (denn das thut er nicht), sondern weil ein expensum ferre nicht anders gedacht wer-

2) a. a. O. S. 302.

den kann. Daß nun die expensilatio nicht bloß Beweismittel, sondern ein formeller Contract gewesen, daß wenn die nomina nur den Beweis einer pecunia numerata leisten sollten, sie arcaria genannt worden wären und keinen Litteralcontract begründet hätten, darüber setzt uns jetzt Gajus außer allen Zweifel [3]). Aber nicht minder kann es bezweifelt werden, daß außer den transcripticiis nominibus es noch einen anderen Litteralcontract, der unserem Wechsel ähnlich in einer Urkunde bestand, gegeben habe; daß dieser zwar Griechischen Ursprungs und Peregrinen eigenthümlich, aber darum nicht weniger Litteralcontract gewesen, daß in der Stelle des Asconius ad Cic. in Verr. I. 36. nichts anderes als dieser Litteralcontract gemeint sey, und daß endlich Theophilus kein leerer Schwätzer ist, der diese letzte Art des zu seiner Zeit freilich auch antiquirten Litteralcontracts allein beschreibt, ohne sich um die noch ältere, wahrscheinlich schon seit Alexander Sever verschwundene transcripticiis nominibus zu bekümmern. Wer endlich gern Gajus, Asconius und Theophilus Lügen strafen möchte, der muß es auch noch mit Seneca versuchen, der de beneficiis II. 13, die chirographa den nominibus zur Seite setzt, („Quidam nolunt *nomina secum fieri*, nec interponi pararios, nec signatores advocari,

3) Schon Gellius XIV. §. 2. nennt auch die expensilatio als Beweis: also hier ein arcarium nomen.

nec *chirographum dari,"*) und endlich l. 6. Cod. Theod. de den. (II. 4.) aus dem Wege räumen, wo gewiß nicht mit Savigny[4]) an eine Stipulation nebst cautio zu denken ist, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil solches niemals litterarum obligatio, sondern immer verborum obligatio genannt wird. Daß nun die Form des Litteralcontracts durch Urkunde, wie sie Gajus beschreibt, daß sie lediglich in dem Versprechen etwas zu geben bestehe, bedeutend von der des Theophilus abweicht, der gegenseitiges Schreiben und Sprechen verlangt, ist leicht erklärlich, wenn man die Verschiedenheit der Zeiten berücksichtigt. Auch kann man hier wohl mit Savigny[5]) annehmen, daß indem auch bei der Stipulation bald die Schrift gebräuchlich wurde, wie bei dem Litteralcontract die Worte, die litterarum obligatio endlich in die verborum obligatio aufging, wodurch ihr Verschwinden begreiflich wird. Schon Gajus weist auf diese Aehnlichkeit des Litteral- und Verbalcontracts durch die Worte hin: „ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat." Theophilus Zeugniß jetzt, nachdem wir Gajus haben, für vollkommen verwerflich zu erklären, ist wohl mehr als je eine „rechtshistorische Grille"[6]).

4) Si quis debiti, vel quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in *litterarum obligationem* facta *cautione* translatum est.

5) a. a. O. S. 305 u. 306.

6) Erb Heidelb. Jahrb. Jahrgang 1816. S. 98.

Außer der Form der litterarum obligatio belehrt uns aber Gajus auch über den Entstehungsgrund derselben in einer Stelle, die schon im westgothischen Auszug verstümmelt sich befand.

Comm. III. §. 129.

*(A re in personam tran)*scriptio fit veluti si id, quod ex emtionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas id expensum tibi tulero. §. 130. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi.

Der einfache Sinn ist der: ein transcripticium nomen kann nur durch Novation entstehen. Gegen diese deutliche Angabe des Gajus hat sich Savigny [7]), ohne weiteren Grund, als weil nicht folge daß es so hätte seyn müssen, erklärt, und nachdem er vorher gemeint, es sey durch die arcaria nomina klar, in welchem Sinn das transcripticium nomen eine Novation zu nennen ist, sagt er unmittelbar nachher gegen Gajus, der Gebrauch desselben müsse so ausgedehnt gewesen seyn wie der der Stipulation. Der aber welchem die Autorität des Gajus nicht genügt, sollte in der Sache selbst die Nothwendigkeit suchen, und würde finden daß Gajus Recht hat. Einem nomen transcripticium kann nämlich

7) a. a. O. 303.

nur Schenkung oder frühere Schuld möglicherweise vorangehen. Nehmen wir aber nun mit Savigny an, wie aus den Worten des Gajus: „sed absenti expensum ferri potest etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit" [8]), unwiderleglich hervorgeht, daß das transcripticium nomen auf einer einseitigen Handlung des Creditors beruht habe, wobei wohl auch nicht einmal der Consens des Schuldners nothwendig war, so folgt von selbst, daß Schenkung als Grund der litterarum obligatio ausgeschlossen seyn müsse, denn diese beruht ja nothwendig auf einem Zusammenwirken beider Theile. Nur also vorhergehende Schuld, Novation, macht die Form des Litteralcontracts erklärlich, so wie es nun nicht mehr auffallend seyn kann, daß das einseitige Eintragen des Creditors den Litteralcontract bewirkt habe, wenn wir bedenken, daß immer der Beweis eines anderen Geschäfts vorangehen mußte, und daß daher der Creditor nur die Wahl hatte durch Eintragung eine actio bonae fidei in eine condictio certi zu verwandeln. Der Grund einer Stipulation kann also Schenkung oder Schuld seyn, der eines transcripticium nomen kann nur vorhergehende Schuld seyn, und nur in der Novation bestehen. Darin unterscheidet sich aber das transcripticium nomen von der anderen Form des Litteralcontracts, der syngrapha, daß dieser letzteren, sowohl

8) Comm. III. §. 137.

Schenkung als Schuld, wie bei der Stipulation vorangehen kann; diesen zwiefachen Grund giebt Gajus an, in den Worten: „si quis debere se, aut daturum se scribat." Hier heischt die Form nicht lediglich Novation. Daß Theophilus aber bei seiner Urkunde nur die Novation als Entstehungsgrund angiebt, ist mehr darin zu suchen, daß er nur ein Beispiel geben, als daß er die Schenkung ausschließen wollte.

Peregrinen, die durch arcaria nomina mittelst der numeratio verpflichtet werden, können es auch nach der Meinung des Sabinus und Cassius durch transcripticia, wenn es a re in personam geschieht. Nerva schließt sie ganz von der Verpflichtung durch ein transcripticium nomen aus [9]). Der Justinianeische Ersatz-Litteralcontract ist aus den Institutionen hinlänglich bekannt. — In keiner Lehre die er behandelt, lernen wir aus Gajus weniger, als in der von den Consensualcontracten. Außer dem was schon oben am Ende der achten Scholie mitgetheilt worden, beruht unsere Ausbeute in der emtio venditio darauf, daß wir erfahren, die Streitfrage welche die Institutionen [1]) berühren, ob die Preisbestimmung einem Dritten überlassen werden könne oder nicht, sey zwischen Labeo und Cassius von der einen Seite, und Ofilius und Proculus

9) Comm. III. §. 133.

1) §. 1. J. de emtione. (III. 24.)

von der anderen geführt worden [2]). Schon genug daß wir hier sehen, Römische Juristen hatten, wo es die Wahrhaftigkeit heischte, auch oft die Meinung der Schule, der sie angehörten zu verläugnen gewußt. Bei Gelegenheit der locatio conductio spricht Gajus vom ager vectigalis municipum [3]), wo Justinian praedia, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur an die Stelle setzt [4]), und bei Gelegenheit der societas, von dem Aufhören derselben durch capitis deminutio und bonorum venditio [5]), wo die Institutionen [6]) von einer publicatio sprechen.

In der Lehre vom Mandat wird nach dem Grundsatz, actiones ab herede incipere non posse, auch das mandatum von Gajus für ungültig erklärt, das dem Mandatar nach seinem Tode aufgetragen worden.

Comm. III. §. 158.

Item si quis post mortem meam *(aliquid mihi)* faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Dies wirft auch auf die Streitfrage ein entscheidendes Licht, welche bei sich widersprechenden Pandektenstellen darüber unter den Juristen herrscht,

2) Comm. III. §. 140.
3) Comm. III. §. 145.
4) §. 3. J. (III. 25.)
5) Comm. III. §. 153. 154.
6) §. 7. 8. J. (III. 26.)

ob ein Mandat, das dem Mandatar nach dem Tode des Mandanten auszuführen aufgetragen sey, gültig bestehe oder nicht. Nach älterem Recht kann man das Bestehen nicht annehmen, wohl aber nach Justinianeischem. Daß übrigens Gajus in l. 4. de mand. (17. 1.) von der Meinung des Proculus sagt, quae sententia sane benignior est, beruht nach Comm. III. §. 161. sicherlich auf Interpolation.

Zehnte Scholie.

Von dem Aufhören einer *obligatio*.

Gaji Comm. III. §. 163.

Nachdem Gajus [1]) von den Personen gesprochen hat, durch die uns eine obligatio erworben wird, wobei wir erfahren, daß die Streitfrage deren die Institutionen in §. 3. p. q. p. O. a. (III. 29.) Meldung thun, zwischen den Proculejanern und Sabinianern geherrscht hat, kommt er auf die Aufhebungsgründe der obligatio, deren er fünf kennt: solutio, acceptilatio, per aes et libram, novatio und litiscontestatio. Wir wollen sie hier einzeln durchgehen.

1) Solutio. Wir lernen hier aus Gajus daß die Proculejaner dafür waren, daß wenn auch mit Einwilligung des Creditors aliud pro alio gezahlt worden war, die obligatio nicht ipso jure, son-

1) Comm. III. §. 163—168.

dern nur per exceptionem aufgehoben seyn sollte. Entgegengesetzter Ansicht waren die Sabinianer.

Comm. III. §. 168.

Tollitur autem obligatio praecipue solutione ejus, quod debeatur, unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris praeceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, set adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.

In den Institutionen [2]), Pandekten [3]), und in einem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian [4]) ist für die Meinung der Sabinianer entschieden. Schon aus l. 8. §. 1. de pec. const. (13. 2.) ging wohl hervor, daß ein Streit darüber geherrscht habe.

2) Acceptilatio. Was die Institutionen daraus nicht als bestritten aufführen, ob eine acceptilatio pro parte möglich sey, oder nicht, sondern geradezu annehmen, das sagt Gajus sey zu seiner Zeit eine Streitfrage gewesen.

Comm. III. §. 172.

Item, quod debetur pro parte **********

2) pr. J. quib. mod. o. t. (III. 30.)

3) l. 26. §. 4. de cond. ind. (12. 6.) l. 1. §. 5. de pec. const. (13. 5.)

4) l. 17. Cod. de sol. et lib. (8. 43.)

*** recte solvitur: an autem in partem acceptum fieri possit *quaesitum* est.

Daß das acceptum facere von Seiten einer Frau ohne ihren Tutor, wie schon oben S. 272. gemeldet worden, nicht möglich ist, liegt darin, weil eine Frau ohne den Tutor keine obligatio eingehen kann, in der acceptilatio aber immer eine Stipulation liegt.

3) per aes et libram. Nach dem allgemein, im Römischen Recht herrschenden Grundsatz, daß alles so aufgelöst werden müsse wie es entstanden ist, mußte wohl die uralte obligatio per aes et libram, die nexi obligatio [5]), auch eine solutio per aes et libram haben, wie ihre Tochter die Stipulation in der Acceptilation eine solche hat. Die nexi obligatio schwand wohl, sobald die Stipulation festen Fuß gefaßt; um so mehr muß es uns verwundern, noch in Gajus Zeit von einer solutio imaginaria per aes et libram, als einem praktischen Institut sprechen zu hören. Von einer solchen solutio per aes et libram hatten wir schon in einigen nichtjuristischen Klassikern Notiz.

Livius lib. VI. cap. 14.

„Inde rem creditori palam populo solvit, *libraque et aere liberatum* emittit."

Cicero de legibus II. cap. 20. 21.

„Quin etiam cavent, ut, cui plus legatum sit, quam

5) Festus voce nexum.

quam sine religione capere liceat, is *per aes et libram* heredem testamenti solvat."

„ut per aes et libram heredem testamenti solvant."

Gajus läßt die solutio per aes et libram auch noch in seinen Zeiten beim legatum damnationis geschehen, wie Cicero [6]), und daß sie hier geblieben war, ist ganz natürlich. Die Verbindlichkeit des Erben das Legat zum Eigenthum des Legatars zu machen, beruhte nach wie vor auf dem testamentum per aes et libram. Die nexi obligatio hatte sich in die eigene Form der stipulatio umgewandelt, und daher war hier acceptilatio, an die Stelle der solutio per aes et libram getreten; beim Legat war keine andere Form an die Stelle der nexi obligatio gekommen, und daher blieb hier die solutio per aes et libram. Noch läßt Gajus [7]) die solutio per aes et libram in seiner Zeit bei dem zu, was ex judicati causa schuldig geworden, oder was sonst per aes et libram eingegangen war. Nur bei dem quod pondere et numero constet ist eine nexi liberatio zulässig: einige nehmen sie auch bei dem an, quod mensura constat [8]). Die Formel für diese solutio per aes et libram findet sich lükkenhaft beim Gajus.

6) Comm. III. §. 75.

7) Comm. III. §. 173. „veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex judicati causa debitum sit."

8) Comm. III. §. 175.

Comm. III. §. 174.

Adhib*entur* autem non minus, quam quinque testes et libripens, deinde is, qui liberatur ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eo nomine ********** solvo, liberoque, hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam ********** deinde asse percutit libram cum ******** liberatum, veluti solvendi causa.

4) Novatio. Die Streitfrage, der Justinian in l. ult. Cod. de nov. ein Ende macht, herrschte, wie wir aus Gajus [9]) erfahren, zwischen Servius Sulpicius und den anderen Juristen seiner Zeit. Dieser meinte, so wie eine andere ungültige Stipulation, was er sogar auf die mit den Sklaven ausdehnt, dennoch eine Novation der ersten hervorbringe, so müsse auch, wenn die zweite Stipulation sub conditione eingegangen sey, und die Bedingung nicht eingetreten, die erste dadurch eine Novation erleiden, und aus keiner geklagt werden können. Gajus bemerkt, daß die Praxis seiner Zeit sich gegen diese Ansicht erkläre. „Sed in utroque casu alio jure utimur, non magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsionis communio non est, spondes verbo stipulatus sim." Gajus scheint auch dagegen zu seyn, daß bei hinweggefallener Bedingung der

9) Comm. III. §. 178.

zweiten Stipulation, der Klage aus der ersten eine exceptio entgegengesetzt werden könne, doch muß wohl statt: „et videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit conditio," gelesen werden defecerit conditio, weil sonst gar kein Sinn in diesem Satze zu finden ist, es aber leicht zu erklären wäre, wie der Abschreiber, der hier häufig extiterit und defecerit zu schreiben hatte, beides mit einander verwechseln konnte.

Nach der Meinung der Proculejaner übrigens, soll das Hinzutreten des sponsor zu einer Stipulation keine Novation bewirken [1]). Vom fidepromissor und fidejussor sagt Gajus in dieser Rücksicht nichts. Die Institutionen [2]) nehmen die Meinung der Proculejaner nicht an, sondern lassen durch Hinzutreten eines fidejussor eine Novation werden.

5) Litis contestatio. Ganz neu ist, was Gajus über die Litiscontestation als Aufhebungsgrund einer obligatio sagt. Jede obligatio, die in einem legitimo judicio anhängig gemacht ist, d. h. in einem zu Rom, oder innerhalb des ersten milliarii zwischen Römischen Bürgern statt findenden [3]), läuft drei Stadien hindurch: bis zur Litiscontestation dauert die ursprüngliche obligatio selbst fort, und

1) Comm. III. §. 178.
2) §. 3. J. q. m. t. o. (III. 30.)
3) Comm. IV. §. 104.

die intentio ist auf ein dare oportere gerichtet; die Litiscontestation aber novirt die obligatio, und setzt eine obligatio litiscontestationis an die Stelle. Nun sey die intentio auf ein condemnari oportere gerichtet, und wieder bis zur condemnatio, die zum anderen Mal die obligatio litiscontestationis novire, wodurch nun eine intentio auf ein judicatum facere oportere eintrete [4]). Gajus fährt fort, es sey daher bei den älteren Juristen sprichwörtlich geworden zu sagen: „ante litem contestatam dare debitorem oportere: post litem contestatam condemnari oportete: post condemnationem judicatum facere oportere." Ist also in einem legitimo judicio auf ein dare oportere geklagt worden, so kann nach der Litiscontestation nicht noch einmal ipso jure darauf geklagt werden, weil die Litiscontestation diesem Anspruch ein Ende machte. Anders verhält es sich, wenn die ursprüngliche obligatio in einem imperio continenti judicio anhängig gemacht worden, worunter das verstanden wird, welches entweder außer Rom und seinem ersten milliarium statt fand, oder das recuperatorium judicium, wo entweder der judex oder litigator ein Peregrine ist [5]). Hier dauert auch noch nach der Litiscontestation die ursprüng-

4) Comm. III. §. 180.

5) Die ex imperio continenti judicia dauerten nur so lange, als der Prätor das imperium hat, im Gegensatz der legitima, die nach der lex Julia judiciaria 1½ Jahr währen.

liche obligatio ipso jure fort, kann aber durch eine exceptio rei judicatae vel in judicium deductae entkräftet werden [6]). Als die legis actiones noch im Gebrauch waren, bedurfte es nicht einmal der Litiscontestation, damit die Klage aus der ursprünglichen obligatio nicht wieder anhängig gemacht werden konnte, wenn schon einmal geklagt war: daher waren auch exceptiones damals gar nicht nothwendig.

Comm. IV. §. 108.

Alia causa fuit olim legis actionum, nam, qua de re actum semel erat, de eo postea ipso jure agi non poterat omnino ********* usus erat illis temporibus exceptionum.

6) Comm. III. §. 181.

Eilfte Scholie.

Von den Delicten.

Gaji Comm. III. §. 182—225.

Gajus hat, wie die Institutionen, vier Delicte: furtum, vis bonorum raptorum, damnum injuria datum, und injuria.

1) Furtum. Gajus [7]) referirt vier Meinungen über das manifestum furtum; die einen beschränkten es darauf, wenn der Dieb beim Diebstahl ertappt würde, andere gingen weiter, und begriffen auch das Ertappen des Diebes am Diebstahlsorte darunter, noch andere nennten das furtum so lange manifestum, bis der Dieb die Sache an den Ort gebracht, den er im Sinne hatte, und einige dehnten es sogar darauf aus, wenn man die Sache zu irgend einer Zeit am Diebe gefunden habe. Gajus meint, die beiden ersten Meinungen seyen allgemein gebil-

1) Comm. III. §. 183 — 85.

gebilligt, die letzte allgemein verworfen, gegen die dritte erheben sich aber auch mächtige Zweifel, weil ja sonst ein manifestum furtum noch statt fände, wenn auch lange Zeit nach dem Diebstahl vergangen sey, da Diebe bisweilen die gestohlene Sache in ganz andere Länder verführen wollten. Die Institutionen nehmen die drei ersten Meinungen an, und verwerfen die vierte. Dem Grund, weswegen Gajus auch die Richtigkeit der dritten in Zweifel zieht, ist von Paulus vorgebeugt, wenn er in l. 4. de furtis (47. 2.) sagt: „Quo destinaverit quis auferre, sic accipiendum est: quo destinaverit eo die manere cum eo furto [2]). Ueber die Geschichte der Strafe des furti manifesti, nec manifesti, concepti und oblati, lernen wir aus Gajus nichts, was nicht auch schon aus Gellius [3]), Theophilus [4]) und Isidorus [5]) bekannt wäre [6]).

Daß wenn die Haussuchung verweigert worden war, eine actio prohibiti auf die poena quadrupli statt fand, erzählt uns Gajus [7]), so wie daß sie durch das prätorische Edict eingeführt worden, da das Zwölftafelgesetz keine Strafe, namentlich auf das prohibere (eo nomine), festgesetzt habe. Nur das

2) Pauli sent. rec. II. 31. §. 1.

3) Noctes att. XI. cap. 18.

4) IV. 12. pr.

5) Orig. V. 26.

6) Nur daß eine Streitfrage geherrscht habe, ob der verberatus et addictus, servus ex addictione werde, oder adjudicati loco sey, III. §. 189. war unbekannt.

7) Comm. III. §. 192.

conceptum furtum, daß heißt, wenn die gestohlene Sache bei der Haussuchung gefunden wurde, hätte das Gesetz für ein furtum manifestum erklärt. Da aber die Strafe des manifesti furti das quadruplum ist, so würde Gajus sich selbst [8]) und dem Gellius [9]) widersprochen haben, die die Strafe des furti concepti auf das Dreifache durch das Zwölftafelgesetz bestimmen lassen. Eine Erklärung der Art, daß hier das furtum manifestum nur mit dem Dreifachen bestraft worden sey, läßt sich wohl mit Grund nicht annehmen. Aber es findet sich ein anderer Ausweg den Widerspruch zu heben. Die concepti actio auf das Dreifache findet auch gegen den statt, bei dem die gestohlene Sache gefunden worden, wenn er gleich nicht der Dieb seyn sollte („quamvis fur non sit") [1]). Hier kann es unmöglich ein furtum manifestum genannt werden, weil die Sache gar nicht mehr beim Diebe war. Anders verhält es sich damit, wenn die Sache wirklich beim Dieb gesucht und gefunden wurde: hier mochte das furtum ein manifestum seyn. In jenem Fall ging also die actio concepti auf das triplum, in diesem auf das quadruplum. Ueber die Form der Haussuchung, die wir schon, obgleich nicht so vollständig, aus Festus [2])

8) Comm. III. §. 191.

9) Noct. att. XI. cap. 18.

1) Comm. III. §. 238. — §. 4. J. de oblig. qu. ex del. nasc. (IV. 1.)

2) voce: „Lance et licio dicebatur apud antiquos: quia

kannten, haben wir nun eine interessante Stelle des Gajus, der die ganze Ceremonie lächerlich zu machen sucht.

Comm. III. §. 192. Hoc solum praecepit, ut qui quaerere velit nudus quaerat, linteo cinctus lancem habens, qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse. §. 193. Quid sit autem linteum, quaesitum est, sed verius *est* consuti genus esse, quo necessarias partes tegerent: quare lex tota ridicula est, nam, quem vestitum quaerere prohibet, is et nudus quaerere prohibitus est, eo magis, quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur, deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat, ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod *quaeratur* ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cujuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

Rücksichtlich dessen, was die Schüssel beabzwecken

qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrum familiae aut virginum praesentiam." Das propter m.

f. et v. praesentiam bezieht sich, wie wir aus Gajus ersehen, auf licio cinctus (consuti genus esse, quo necessarias partes tegerent").

soll, weicht also Gajus von Festus ab, der sie dem Suchenden zur Gesichtsbedeckung giebt, damit er nicht erkannt werde. Festus ist hier wohl glaubwürdiger als Gajus, der zwei Erklärungen giebt, also schwankt, und dem die ganze Sache, wohl nicht recht anschaulich seyn mochte. Auch dagegen erklärt sich Gajus, daß aus dem Umstand, daß die zwölf Tafeln das conceptum furtum für manifestum erklären, einige das furtum manifestum in das lege, und das natura hätte eintheilen wollen. Eine lex, bemerkt er richtig, könne nicht bestimmen, daß etwas factisch seyn solle: sie könne einen Nichtdieb zu keinem Dieb, einen der nicht Ehebrecher oder Mörder ist, zu keinem solchen stempeln, obgleich sie andere Handlungen mit der Strafe des Diebstahls, des Ehebruchs, des Mords bestrafen dürfe [3]).

Die Streitfrage, welche die Institutionen in §. 8. de o. q. e. d. n. (IV. 1.) mittheilen, und die Justinian entscheidet, findet sich bei Gajus [4]) nicht; er führt nur eine Meinung auf: „responsum, neutro eum teneri: furti ideo, quod non invito me res contrectaret: servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est." Als ein furtum suae rei führt auch Gajus den Fall auf, wenn Jemand seine eigene Sache dem b. f. possessor entwendet

3) Comm. III. §. 194.

4) Comm. III. §. 198.

hat [5]). Die Institutionen [6]) geben dem b. f. possessor nur die Klage gegen den Dritten.

2) Vis bonorum raptorum. Ueber dieses Delict erfahren wir aus Gajus durchaus nichts Neues, da er weit unvollständiger wie die Institutionen ist.

3) Damnum injuria datum. Zur Freude aller derer, die Hypothesenjägerei ohne allen Grund endlich einmal beseitigt sehen möchten, findet sich in Gajus der Inhalt des zweiten Kapitels der lex Aquilia. Eine Klage wird darin gegen den adstipulator gestattet, der in fraudem stipulatoris, eine Acceptilation mit dem Promittenten, wozu er befugt ist, eingegangen war. Gajus macht die Bemerkung daß außer im Läugnungsfalle, wo die lex Aquilia auf das duplum geht, die actio mandati hingereicht hätte.

Comm. III. §. 215.

Capite secundo (*in*) adstipulatorem qui pecuniam stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. §. 216. *Qua* et ipsa parte legis, damni nomine, actionem introduci manifestum est, sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.

Keiner der zahlreichen Forscher über das zweite

5) Comm. III. §. 200. 6) §. 15. J. eod. (IV. 1.)

Kapitel des aquilischen Gesetzes konnte der jetzigen Lösung des Räthsels nur irgend nahe kommen. Nur in so fern ist Hasses Erklärung [7]) unter allen die bessere gewesen, als er darthat, es könne in dem zweiten Kapitel wenigstens von keinem damnum injuria datum an einer res die Rede gewesen seyn. Daß übrigens dieses zweite Kapitel nichts heterogenes enthält, sondern am rechten Platze steht, ist, wenn man tiefer eindringen will, wohl klar. Wie in dem ersten und dritten Kapitel das willkührliche Eingreifen des Körpers auf fremde Sachen verpönt ist, so hier die Willkühr, die das strenge Gesetz erlaubt. Es steht in jedes Willkühr, zu tödten, aber er wird dafür bestraft: es erlaubt dem adstipulator das Gesetz, den Schuldner durch Acceptilation zu befreien; aber dafür wird eine Pönalklage gegen ihn ertheilt. Daß indessen das zweite Kapitel nur vom dolus (in fraudem stipulatoris) spricht, die anderen beiden aber jede culpa umfassen, ist merkwürdig.

4) Injuria. Gajus meldet, daß, wenn die Frau in manu beleidigt sey, der Mann allein klagen könne; sey aber die Frau in einer laxen Ehe, so dürfe eine Injurienklage im Namen des Vaters, des Mannes und der Tochter angestellt werden. Anders ist wohl die etwas undeutliche Stelle nicht zu erklären.

(7) Culpa S. 79—83.

Comm. III. §. 221.

Pati *autem* injuriam videmur non solum per nosmet ipsos sed et*iam* per liberos nostros, quos in potestate habemus, item per uxores nostras, quae in manu nostra *sun*t. Itaque si ******* filiae meae, quae Titio nupta est injuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi injuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.

Die Institutionen sprechen natürlich nicht von der Frau in manu. Was bisher nur aus einer undeutlichen Stelle der collatio [8]) entnommen werden mußte, daß ein os fractum eines Freien mit 300 Aß, das eines Sklaven mit 150 Aß bestraft wurde, bestätigt jetzt Gajus [9]). Der §. 224, worin derselbe von der Taxation der Injurien spricht, hat in Collatio II. §. 6. zum Theil eine Parallelstelle.

8) Coll. leg. Mos. et Rom. II. §. 5.

9) Comm. III. §. 223.

Gedruckt in der Joh. Fr. Ungerschen Buchdruckerei.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gans, Eduard,

Scholien zum Gajus

Berlin 1821
J.rom.c. 132 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565359-2